

Der Kreditauftrag

DISSERTATION

vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von
Jörn Frese

1966

Der Kreditauftrag

DISSERTATION

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

Jörn Frese



Erster Berichterstatter:

Professor Dr. Wilhelm A. Scheuerle

Zweiter Berichterstatter:

Professor Dr. Horst Bartholomeyczik

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Februar 1966

Inhaltsübersicht

	Seite
<u>Einleitung</u>	1
<u>Erster Teil</u>	
Die historische Entwicklung des Kreditauftrags	4
I. Überblick	4
II. Entstehung und Entwicklung des Kreditauftrags im römischen Recht	7
III. Das mandatum qualificatum des gemeinen Rechts	15
IV. Die Kodifikation des § 778 BGB	17
<u>Zweiter Teil</u>	
Dogmatische Grundgedanken zum Kreditauftrag	22
I. Die wirtschaftlichen Funktionen des Kreditauftrags	22
II. Die Kreditvermittlungsfunktion	24
1. Regelung der Vermittlungsfunktion in § 778 BGB	24
2. Kritik an dieser Regelung	29
a) Ausgangssituation	29
b) Kreditauftrag als Geschäftsbesorgung	31
c) Die übrigen Auftragsmerkmale	39
3. Ergebnis	43
III. Die Sicherungsfunktion	44
1. Regelung der Sicherungsfunktion in § 778 BGB	44
2. Kritik an dieser Regelung	46
3. Ergebnis	51
<u>Dritter Teil</u>	
Die Darstellung der in § 778 BGB getroffenen Regelungen des Kreditauftrags im einzelnen	53
I. Der Vertragsschluß	53
1. Vertragsangebot und Vertragsannahme	53

IV

2. Der Haftungswille des Kreditvermittlers	56
3. Die Form des Kreditauftrags	59
II. Der Vertragsinhalt	61
1. Das aufgetragene Geschäft	61
2. Begriff und Arten der Kreditgewährung	64
III. Die Durchführung des Kreditauftrags	69
1. Persönliche Ausführung	69
2. Umfang der Diligenzpflicht	70
IV. Die Lösbarkeit des Kreditauftrags	73
1. Widerruf und Kündigung	73
2. Verzicht auf das Widerrufsrecht?	74
V. Der entgeltliche Kreditauftrag und seine Besonderheiten	76
VI. Zur Haftung des Kreditvermittlers	80
1. Die Haftung als Bürge im allgemeinen	80
2. Haftung trotz Nichtentstehens der Kreditverbindlichkeit?	80
3. Das Verhältnis zwischen dem Kreditvermittler und dem Dritten	85
<u>Vierter Teil</u>	
Die Bedeutung des Kreditauftrags	90
I. Bedeutung in der Judikatur	90
1. Abgrenzung des Kreditauftrags von der Bürgschaft	90
2. Umdeutung einer formnichtigen Bürgschaft in einen Kreditauftrag?	97
II. Bedeutung des Kreditauftrags in der Wirtschaft	99
1. Die geringe derzeitige Bedeutung	99
2. Gründe für die geringe Bedeutung	101
3. Anwendungsmöglichkeiten	106
III. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Kreditauftrags?	108
1. Der Kreditauftrag im ausländischen Recht	108
2. Ausblick	111
<u>Schlußergebnis</u>	114

Schrifttumsverzeichnis

- | | |
|---------------------|--|
| Arndts | Lehrbuch der Pandekten. 12. Aufl., Stuttgart 1883. |
| Bähr | Gegenentwurf zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Kassel 1892. |
| Barchewitz | Das Bankrecht. 2. Aufl., Schloß Bleckede a.d.Elbe 1957. |
| Bartholomeyczik | Die Kunst der Gesetzesauslegung. 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1965. |
| Becker | Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. VI, Obligationenrecht, II. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse. Bern 1934. |
| Bendix | Der Kreditauftrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Archiv für Bürgerliches Recht, 20. Bd. S. 155 ff. |
| Brinz | Lehrbuch der Pandekten. 2. Bd., 1. Abt., 2. Aufl., Erlangen 1879. |
| Cosack | Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1. Bd., Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen. 6. Aufl., Jena 1913. |
| Crome | System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen u. Leipzig 1902. |
| Daloz | Répertoire de Droit Civil, Tome III, Paris 1953. |
| Dernburg | Pandekten. 2. Bd., Obligationenrecht. 7. Aufl., Berlin 1903. |
| Dniestrzanski | Zur Lehre von der Geschäftsführung. Jherings Jahrbücher, Bd. 77, S. 48 ff. |
| Düringer-Hachenburg | Das Handelsgesetzbuch. IV. Bd., 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932. |
| Eccius | Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat. Gruchots Beiträge, Bd. 46, S. 55 ff. |
| Engisch | Einführung in das juristische Denken. 3. Aufl., Stuttgart 1964. |
| Enneccerus-Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse. 15. Bearbeitung, Tübingen 1958. |
| Erman | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl., Münster/Westf. 1962. |
| Esch-Oberbillig | Sparkassenrecht im Lande Rheinland-Pfalz, Loseblattsammlung. |

- Esser Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960.
- Falter Die Praxis des Kreditgeschäfts bei Sparkassen und anderen Kreditinstituten. 5. Aufl., Stuttgart 1962.
- Fischer Kreditgarantiegemeinschaften. Ein Beitrag zum Thema Mittelstandskredit. Diss. München 1959.
- Förster Der Kreditauftrag. Eine Studie nach römischem und neuem bürgerlichen Recht. Diss. Leipzig 1903.
- Förster-Eccius Preußisches Privatrecht. II. Bd., 6. Aufl., Berlin 1892.
- v. Gierke, Otto Deutsches Privatrecht, 3. Bd., Schuldrecht, München u. Leipzig 1917.
- Goldmann-Lilienthal Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Bd., 2. Aufl, Berlin 1903.
- Guhl Das Schweizerische Obligationenrecht. 5. Aufl., Zürich 1956.
- Hämmerle Handelsrecht, Graz-Wien-Köln 1959/60
- Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. Zugleich Neuauflage des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften. 6. Bd., Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1959.
- Herold Das Kreditgeschäft der Banken. 14. Aufl., Hamburg 1959.
- Herold-Lippisch Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., Berlin u. Frankfurt a.M. 1962.
- Herschel Der für die Umdeutung von Rechtsgeschäften maßgebliche Zeitpunkt. DRiZ 1952 S. 41 f.
- Hofmann Handbuch des gesamten Kreditwesens. 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1960.
- Isay Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1900.
- Isele Geschäftsbesorgung. Umriss eines Systems. Marburg 1935.
- Jaeckel Der Kreditauftrag nach dem bisher geltenden Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Diss. Greifswald 1901.
- Jonas Grenzen der Kreditfinanzierung. Wiesbaden 1960.
- Kaeferlein-Simon Der Bankkredit und seine Sicherungen. 7. Aufl., Stuttgart 1953.

- Kaser Das römische Privatrecht.
Abschn. 1: Das altrömische, vorklassische und klassische Recht.
Abschn. 2: Die nachklassische Entwicklung.
München 1955/59.
- Koch Banken und Bankgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse. Jena 1931.
- Kohler Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
2. Bd., 1. Teil, Schuldrecht.
Berlin 1906.
- Kreller Zum Iudicium Mandati. Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt. Tübingen 1931, S. 118 ff.
- Kreß Lehrbuch des besonderen Schuldrechts.
München und Berlin 1934.
- Labes Bürgschaft oder Kreditauftrag?
DJZ 1903 S. 173.
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts. 2. Bd., Besonderer Teil. 6. Aufl., München u. Berlin 1964.
(Zit.: Schuldrecht).
- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft.
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960.
(Zit.: Methodenlehre).
- Lehmann Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 13. Aufl., Berlin 1962.
- Lent Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung. Leipzig 1937.
- Leonhard Das Schuldrecht des BGB. 2. Bd., Besonderes Schuldrecht des BGB.
München u. Leipzig 1931.
- Levy Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht. Weimar 1956.
(Zit.: Vulgarrecht).
- ders. West-östliches Vulgarrecht und Justinian. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung. Bd. 76, S. 1 ff.
(Zit.: SZ).
- Lippmann Der Kreditauftrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Jherings Jahrbücher Bd. 48, S. 315 ff.
- Mellerowicz-Jonas Die Bestimmungsfaktoren der Kreditfähigkeit. 2. Aufl., Berlin 1957.

- Miccio Dei singoli contratti (Commentario del Codice Civile, Libro IV, Tomo Quarto), Torino 1959.
- Möhle Sparkassenkleindarlehen und Kaufkredite. Schriftenreihe: Sparkassenhefte Nr. 23, Stuttgart 1961.
- Müller Der Kreditauftrag als mandatum qualificatum insbesondere nach römischem und schweizerischem Recht. Diss. Zürich 1926
- Müller-Erbach Die Rechtswissenschaft im Umbau. München 1950.
- Müller-Löffelholz Bank-Lexikon. Handwörterbuch für das Bank- und Sparkassenwesen. 5. Aufl., Wiesbaden 1963.
- Obst-Hintner Geld-, Bank- und Börsenwesen. 35. Aufl., Stuttgart 1963.
- Oertmann Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl., Berlin 1910.
- Oser-Schönenberger Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Bd., 2. Teil, Das Obligationenrecht. 2. Aufl., Zürich 1936.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. 23. Aufl., München und Berlin 1964.
- Palyi und Quittner Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen. 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1958.
- Pikart Anmerkung zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs BGHZ 26, 142 in Sparkasse 1958, S. 332.
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd., 2. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil). 4. Aufl., Berlin u. Leipzig 1928.
- Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. II. Bd., 2. Teil. Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 705-853. 11. Aufl., Berlin 1960.
- Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3. Bd., 2. Aufl., Berlin 1963.

- Reinermann Kreditgarantiegemeinschaften. Erleichterter Kredit durch organisierte Bürgschaftshilfe. Baden-Baden, Frankfurt a.M. 1955.
- Rietschel Anmerkung zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs BGH LM Nr. 2 zu § 766 BGB.
- Rinck Der Kreditauftrag des § 778 BGB. Diss. Erlangen 1904 (Leipzig 1905).
- Rothenberg Der Kreditauftrag; Beurteilung des § 680 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich nebst Änderungs- und Ergänzungsvorschlägen. Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. 77, S. 323 ff.
- Schaarschmidt Die Sparkassenkredite. 4. Aufl., Stuttgart 1960.
- Schlegelberger Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. 3. Bd., Berlin 1931.
- Schmalenbach-
Bauer Kapital, Kredit und Zins in betriebswirtschaftlicher Beleuchtung. 4. Aufl., Köln u. Opladen 1961.
- Schmitz-
Morkramer Entwertete Bürgschaft. Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1952. S. 469 f.
- Schütz Die Umdeutung einer formnichtigen Bürgschaft in einen Kreditauftrag. Wertpapier-Mitteilungen Teil IV B, 1963, S. 1051.
- Sewering Der Kreditverkehr. 2. Aufl., Essen 1955.
- Siller Der Kreditauftrag des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Leipzig 1904.
- Simonetto Mandato di credito, in: Novissimo Digesto Italiano, Band X, Torino 1964, Seiten 149 - 168.
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch.
I. Bd., Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse - Allgemeiner Teil. 9. Aufl., Stuttgart 1959.
II. Bd., Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 433-853). 9. Aufl., Stuttgart 1962.

- Sohm-Mitteis-
Wenger Institutionen. Geschichte und System
des römischen Privatrechts.
17. Aufl. Berlin 1949.
- Sokolowski Die Mandatsbürgschaft nach römischem
und gemeinem Recht. Halle 1891.
- Spiethoff Der Sparkassenkredit heute. Schriften-
reihe: Volkswirtschaftliche Zeitfra-
gen, Heft 11, München 1951.
- Stammler Der Garantievertrag. Archiv für die
Civilistische Praxis, Bd. 69, S. 1 ff.
- Staub-Koenige Staub's Kommentar zum Handelsgesetz-
buch. 3. Bd., 12. u. 13. Aufl.,
Berlin u. Leipzig 1926.
- v. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
I. Bd., Allgemeiner Teil. 11. Aufl.,
Berlin 1957.
II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse.
1. Teil, Lieferung 2, 11. Aufl.,
Berlin 1962.
2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1955.
4. Teil, Lieferung 2, 11. Aufl.,
Berlin 1959.
- Tennenbaum Der Kreditauftrag nach dem Recht des
BGB. Diss. Tübingen 1912.
- Trost-Schütz Bankgeschäftliches Formularbuch.
16. Ausg., Berlin 1962.
- v. Tuhr Actio de in rem verso, zugleich ein
Beitrag zur Lehre von der Geschäfts-
führung. Freiburg i.Br. u. Leipzig
1895.
- ders. Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 1. Häl-
fte. München u. Leipzig 1914.
- Unger Handeln auf fremde Gefahr. Jherings
Jahrbücher Bd. 33, S. 299 ff.
- Ungerer Der Personalkredit Erscheinungsfor-
men und wirtschaftliche Bedeutung.
Wiesbaden 1959.
- Warneyer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
für das Deutsche Reich. 1. Bd.,
Tübingen 1923.
- Weidemann Der Kreditauftrag. Zeitschrift für
das gesamte Handelsrecht, Bd. 53,
S. 429 ff.

Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Bd.
5. Aufl. (zweite unveränderte Ausgabe), Frankfurt a.M. 1882.

9. Aufl. (Bearbeitet von Kipp),
Frankfurt a.M. 1906.

Zeiss Die Umdeutung einer formmichtigen
Bürgschaft in einen Kreditauftrag.
Wertpapiermitteilungen, Teil IV B,
1963, S. 906 ff.

De Zulueta The Institutes of Gaius. Part I,
Oxford 1946.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches
für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und
Leipzig (Guttentag) 1888.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines
Bürgerlichen Gesetzbuches und Einführungsgesetzes.
Berlin (Guttentag) 1896.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des
Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin (Gutten-
tag) 1898.

Einleitung

Dem Bundesgerichtshof lag im Jahre 1957 folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor¹⁾:

Dem Textilhandel des Kaufmanns W drohte der finanzielle Zusammenbruch. W benötigte zur Befriedigung eines ungeduldigen Gläubigers 351.000 DM. Offenbar am letzten Tage der Zahlungsfrist wandte er sich morgens an seine Bank. Er bat sie, ihm bis 13 Uhr gegen Wechselakzept ein Darlehen über jene Summe zu geben. Da die Bank W nicht traute, verhielt sie sich zunächst ablehnend. Ihr war jedoch die Mutter des W als kreditwürdig bekannt. Deshalb sicherte sie W noch am Vormittag desselben Tages per Fernschreiben die Darlehensgewährung mit sofortiger Auszahlung zu, wenn sich die Mutter umgehend telegrafisch zur Übernahme der entsprechenden Bürgschaft bereit erkläre. Diese gab auf die Bitten ihres Sohnes sogleich fernmündlich ein Telegramm folgenden Inhalts auf: "Übernehme Bürgschaft für 350.000 DM für W. - Hilde K." Nach Eingang des Telegramms überwies die Bank an W 351.000 DM.

Wenige Tage später bestätigte die Bank der Mutter den Empfang des Telegramms und bat sie, der guten Ordnung halber das beiliegende Bürgschaftsformular zu unterschreiben und baldigst zurückzusenden. Die Mutter unterschrieb die Bürgschaftsurkunde auch, sandte sie aber mit folgendem Begleitschreiben ihrem Sohn: "Lieber Ado! Wenn es so richtig ist, sende Du es weiter, sonst zurück." Der vergeblich auf die Bürgschaftsurkunde wartenden Bank teilte sie auf deren telegrafische Anfrage mit, daß sie die Urkunde an ihren Sohn zur Weiterleitung abgesandt hätte. Daraufhin wandte sich die Bank mehrfach an das Büro des W und erhielt zuletzt die Auskunft, daß W das Dokument demnächst persönlich übergeben werde. W jedoch besprach sich mit seinem Onkel und schickte sodann die Bürgschaftserklärung der Mutter zurück. Diese weigerte sich in der Folgezeit, für die Schuld ihres Sohnes einzustehen. W aber war zahlungsunfähig.

1) Die Entscheidung ist auszugsweise in BGHZ 24, 297 ff., ausführlich in Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV B (künftig: WM) 1957, 883 ff. veröffentlicht.

Aus den umfangreichen Entscheidungsgründen ist das Bestreben des Bundesgerichtshofs zu spüren, letztlich zugunsten des beklagenswerten Bankangestellten, der die Auszahlung der Darlehenssumme veranlaßte, zu einer Haftung der Mutter zu gelangen. Das Vorliegen einer Bürgschaftsverpflichtung mußte er trotz sorgfältigster Überprüfung jedes einzelnen Vorgangs verneinen. Sodann überdachte er, wenn auch mit negativem Erfolg, alle in Frage kommenden Möglichkeiten, die Haftung der Mutter aus einem formlos gültigen Verpflichtungsgeschäft herzuleiten. Dabei prüfte er nicht zuletzt das Vorliegen eines Kreditauftrags.

Was ist unter einem Kreditauftrag zu verstehen?
Zur Erklärung diene vorerst der Wortlaut des § 778 BGB, wo der Kreditauftrag für unseren Rechtsbereich eine gesetzliche Regelung gefunden hat¹⁾:

"Wer einen anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehenden Verbindlichkeit des Dritten als Bürge."

Diese Bestimmung wird leicht übersehen, selbst in höchstrichterlichen Entscheidungen²⁾. In nichtjuristischen Kreisen ist sie weitgehend unbekannt. Deshalb ist sie bisweilen Ursache für eine unangenehme Überraschung. Wer nämlich glaubt, bei seinem Eingreifen weder eine Bürgschaftserklärung noch ein Garantieverprechen abzugeben, kann dennoch zur Haftung verurteilt werden, wie folgender Fall zeigt:

Die Herausgeber einer Zeitung waren nicht mehr in der Lage, ihren Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Druckerei nachzukommen. Diese kündigte daher den Vertrag, der den Druck der Zeitung zum Inhalt hatte. - Daraufhin teilte der Vorsitzende einer Gesellschaft der Druckerei an einem Donnerstag mit, daß sich die Gesellschaft um eine Stützungsaktion für die Zeitung bemühe, die sich jedoch durch einen unvorhergesehenen Zwischenfall um einige Tage verzögert habe. Es lasse

1) Der Begriff "Kreditauftrag" findet sich im Gesetz nur in § 349 HGB, meint dort aber das in § 778 BGB : normierte Rechtsinstitut.

2) Vgl. unten S. 111 f.

sich aber bereits übersehen, daß die der Druckerei geschuldete Summe bestimmt eingehen werde. Er bat daher dringendst, den Zahlungstermin bis Montag früh zu verlängern, was zur Folge hätte, daß noch zwei Ausgaben der Zeitung über die gestellte Frist hinaus gedruckt würden. - Die Druckerei entsprach dieser Bitte, indem sie die Zeitung weiterdruckte.

Der Bundesgerichtshof¹⁾, der diesen Fall zu entscheiden hatte, nahm hinsichtlich jener zwei Ausgaben einen Kreditauftrag der Gesellschaft an und gelangte damit zu deren Haftung als Bürge. Die Gründe hierfür sollen später erörtert werden.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung mußte sich verhältnismäßig häufig mit dem Kreditauftrag befassen. Der letztgenannte Fall ist aber einer der wenigen, bei denen das Vorliegen eines Kreditauftrags überzeugend bejaht wurde. Aus dieser Sachlage kann schon jetzt gefolgert werden, daß der Kreditauftrag in der Praxis nur wenig verbreitet ist. Bedarf es dann seinetwegen vieler Worte?

Trotz - oder gerade wegen - seiner geringen Bedeutung sollte der Kreditauftrag noch heute die Aufmerksamkeit des Juristen finden. Seine Besonderheit liegt in der Verflechtung von Auftrags- und Bürgschaftsrecht. Wegen dieser Zwitternatur ist er sowohl eines der interessantesten als auch eines der umstrittensten Rechtsinstitute unseres Schuldrechts.

Forscht man nach den Gründen für die geringe Bedeutung des Kreditauftrags, so erweist er sich bei näherer Betrachtung seines Werdegangs als ein Fall fehlentwickelten Rechts. Seine jeweiligen Ausgestaltungen trugen nicht nur den Gegebenheiten des täglichen Lebens wenig Rechnung, sondern waren auch im Hinblick auf eine einheitliche Rechtsordnung höchst anfechtbar. Dies im einzelnen aufzuzeigen ist das Ziel dieser Arbeit.

1) BGH WM 1956, 463 ff.

1. Teil

Die historische Entwicklung des Kreditauftrags

I. Überblick

Von der Rückführbarkeit unserer schuldrechtlichen Vertragstypen auf das römische Recht macht der Kreditauftrag keine Ausnahme. Nachweisbar befaßt sich erstmals die Rechtswissenschaft der ausgehenden römischen Republik mit ihm¹⁾. Die damals einsetzende Entwicklung des Kreditauftrags gestaltete sich vielschichtig, war mannigfaltigen Einflüssen ausgesetzt und keineswegs geradlinig. Deshalb muß man insbesondere der Geschichte dieses Rechtsinstituts nachgehen, um seine Dogmatik erkennen und die mit ihm verbundenen Mißverständnisse klären zu können.

Bereits sein Eintritt in das Rechtsleben ist zwiegligher Natur. Haftet ihm doch der Verdacht an, ursprünglich der Gesetzesumgehung gedient und sich contra legem durchgesetzt zu haben. Denn seine Eingliederung in das Mandatsrecht war eine Notlösung, die Begründung hierfür eine Verlegenheitsargumentation²⁾.

1) Vgl. den Rückblick in Gai. 3, 156 (nach De Zulue-
ta, The Institutes of Gaius, Part I, S. 204):

..... "et adeo haec ita sunt, ut quaeratur an mandati teneatur qui mandavit tibi ut Titio pecuniam faenerares. (sed) Servius negavit, nec magis hoc casu obligationem consistere putavit quam si generaliter alieni mandetur uti pecuniam suam faeneraret. (sed) sequimur Sabini opinionem contra sententis, quia non aliter Titio credisses quam si tibi mandatum esset."

Servius war im Jahre 51 v. Chr. Konsul.

2) Müller, Der Kreditauftrag als mandatum qualificatum insbesondere nach römischem und schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1926, S. 23.

Zumindest noch die Juristen der frühen Klassik des römischen Rechts waren sich seiner Ausnahmestellung bewußt¹⁾. Er bildete einen Fremdkörper innerhalb des Mandatsrechts²⁾.

Zudem schlichen sich fortlaufend mandatsfremde Elemente in den Kreditauftrag ein. Seine Konturen verschwammen, bevor sie sich fest prägen konnten. Sein Anwendungsbereich erweiterte sich ständig. Von den Rechtsgelehrten unbeachtet, trat er in mehreren, wenn auch ineinander übergehenden Erscheinungsformen auf. Insgesamt vollzog sich eine Annäherung an die Bürgschaft, teilweise sogar eine Angleichung. Jedenfalls war der Einfluß des Bürgschaftsrechts so stark, daß zahlreiche Juristen des Mittelalters den Kreditauftrag verständlicherweise für eine Nebenform der Bürgschaft hielten³⁾.

Das Ergebnis der späteren wissenschaftlichen Erforschung des Kreditauftrags mußte davon abhängen, wo diese bei dessen langer Entwicklung einsetzte, und wie tief sie vordrang. So nimmt es nicht Wunder, daß zur Zeit des gemeinen Rechts eine Vielzahl von Rechtsgelehrten glaubte, den wahren Inhalt des Kreditauftrags ergründet zu haben, ohne sich darüber aber untereinander einig zu sein. Die Folge war ein lebhafter Meinungsstreit. Ihn spiegeln die landesrechtlichen Kodifikationen des Kreditauftrags⁴⁾ in

1) Zweifelnd auch noch Celsus, Dig. 17, 1, 48, 2 einerseits, und bei Ulp. Dig. 17, 1, 6, 4 andererseits.

2) Vgl. Förster, Der Kreditauftrag. Diss. Leipzig 1903, S. 141.

3) So Azo und auch die deutschen Rezeptoren; vgl. im einzelnen die Nachweise bei Müller, a.a.O. S. 72 ff.

4) Als Beispiele seien im einzelnen aufgeführt: (siehe nächste Seiten)

ihrer Unterschiedlichkeit wider. Aus dieser Situation heraus schickte man sich an, die dem eigentlichen Kreditauftrag entsprechende Norm für das Bürgerliche Gesetzbuch zu finden.

(Fortsetzung:)

Preuß. ALR I, 14:

§ 213 Wer schriftlich erklärt, daß Jemandem auf seine Gefahr Kredit gegeben werden könne, wird als Bürge verhaftet.

§ 214 Ein Gleiches gilt von einer mündlichen Erklärung, wenn die Summe des zu gebenden Kredits auf 50 Taler oder weniger eingeschränkt war.

Sächs. BGB:

§ 1476 Hat jemand einem anderen in der Weise Auftrag gegeben, daß der Beauftragte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, jedoch auf Gefahr des Auftraggebers, mit einem Dritten einen Vertrag schließen oder demselben eine Forderung stunden soll, Kreditauftrag, so haftet der Auftraggeber als Bürge für die Schuld des Dritten, soweit sie seinem Auftrag gemäß entstanden oder gestundet worden ist.

§ 1477 Der Auftraggeber kann Einreden des Dritten, welche darauf beruhen, daß der Dritte zur Übernahme der Verpflichtung persönlich unfähig gewesen sei, nicht geltend machen.

§ 1478 Die Haftpflicht des Auftraggebers für die Schuld des Dritten erlischt, wenn der Beauftragte ohne Einwilligung des Auftraggebers dem Dritten Stundung gibt.

§ 1479 Der Auftraggeber kann, selbst nachdem er den Beauftragten befriedigt hat, verlangen, daß dieser ihm seine Klage gegen den Dritten abtritt.

Schweiz. Obligationenrecht:

Art. 408 (damals Art. 418) I. Hat jemand den Auftrag erhalten und angenommen, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, jedoch unter Verantwortlichkeit des Auftraggebers, einem Dritten Kredit zu eröffnen oder zu erneuern, so haftet der Auftraggeber wie ein Bürge, sofern der Beauftragte die Grenzen des Kreditauftrags nicht überschritten hat.
II. Für diese Verbindlichkeit bedarf es der schriftlichen Erklärung des Auftraggebers.

Art. 409 (419) Der Auftraggeber kann dem Beauftragten nicht die Einrede entgegensetzen, der Dritte sei zur Eingehung der Schuld persönlich unfähig gewesen.

II. Entstehung und Entwicklung des Kreditauftrags

im römischen Recht¹⁾

Die vermutliche²⁾ Entstehung des Kreditauftrags im römischen Rechtsbereich ist in erster Linie durch wirtschaftliche und sodann durch juristische Gründe bedingt. Mit der wachsenden politischen Herrschaft Roms stieg auch dessen wirtschaftliche Bedeutung.

(Fortsetzung:)

Art. 410 (420) Die Haftpflicht des Auftraggebers erlischt, wenn der Beauftragte dem Dritten eigenmächtig Stundung gewährt oder es versäumt hat, gemäß den Weisungen des Auftraggebers gegen ihn vorzugehen.

Art. 411 (421) Das Rechtsverhältnis des Auftraggebers zu dem Dritten, dem ein Kredit eröffnet worden ist, wird nach den Bestimmungen über das Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner beurteilt.

Bayer. Entwurf (Teil II):

§ 896 Der Kreditauftrag besteht in dem einem anderen erteilten Auftrag, daß er in eigenem Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten durch Eingehung, Fortsetzung oder Erneuerung eines Schuldverhältnisses Kredit gibt.

§ 897 (Erfordernis der Schriftform).

§ 898 Infolge der Übernahme des Kreditauftrags durch den Beauftragten (Kreditgeber) tritt der Auftraggeber hinsichtlich der in Gemäßheit seines Auftrags geborgten Schuld zu dem Kreditgeber und zu dem Schuldner in das Verhältnis eines Bürgen.

§ 899 Der Auftraggeber haftet dem Kreditgeber nur dann, wenn dieser den Auftrag noch vor der Rücknahme oder sonstigen Erlöschung desselben ausgeführt hat.

Vgl. auch Dresdener Entwurf Art. 951 ff. und Hessischen Entwurf Art. 616 ff.

- 1) Nachfolgend sollen nur deren wichtigste Züge aufgezeigt werden; im einzelnen siehe insbesondere: Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft, 1891, S. 4-125; Förster, a.a.O. S. 3-170; Müller, a.a.O. S. 14-70.
- 2) Mit dieser Einschränkung: Förster, a.a.O. S. 136.

Die Ausdehnung des Handels aber hatte ein natürliches Bedürfnis an Kredit zur Folge. Solchen zu erlangen, wurde für den römischen Kaufmann schwierig, sobald er fremde Städte bereiste und sich von den für ihn bürgenden Geschäftsfreunden entfernte. Diese Schwierigkeiten waren juristischer Art.

Mit der *adpromissio* in ihren Erscheinungsformen, der *sponsio*, der *fidepromissio* und der allein bedeutungsvoll gebliebenen *fideiussio*¹⁾ bestand zwar die Möglichkeit, für die Verpflichtungen eines anderen gutzusagen. Diese starren Verbürgungsformen wiesen aber entschiedene Mängel auf, deren hauptsächlichster die Notwendigkeit der Parteienanwesenheit bei Abschluß des Vertrags war²⁾. Nicht an derartige Formen gebunden war das *constitutum debiti alieni* des *ius honorarium*³⁾. Doch hatte es, im Gegensatz zur *fideiussio*, den Nachteil, nur die Verbürgung für eine bereits bestehende Schuld zu ermöglichen⁴⁾. Wenn sich nun V für eine künftige Schuld des N bei dem auswärtigen G verbürgen und so dem N Kredit verschaffen wollte, so war das nach geltendem Recht ohne gleichzeitige Anwesenheit von V und G nicht möglich.

Für den damaligen Handelsverkehr war diese rechtliche Regelung in folgender Situation, die sich immer häufiger ergab, äußerst hinderlich⁵⁾:

- 1) Auf die die Bürgschaft des BGB zurückzuführen ist (Oertmann, BGB, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl. 1910, Vorbem. 2 zu § 765).
- 2) Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen; 17. Aufl. 1949, § 69 I 3 S. 405 f.; Sokolowski, a.a.O. S. 105 ff.
- 3) Ulp. Dig. 13, 5, 14, 3.
- 4) Ulp. Dig. 13, 5, 18, 1.
- 5) Vgl. Förster, a.a.O. S. 138; Rinck, Der Kreditauftrag des § 778 BGB, Diss. Erlangen 1904, S. 5; Müller, a.a.O. S. 15.

Ein Kaufmann N (= Kreditnehmer) plante, in einer fernen, ihm fremden Stadt X Geschäfte auf Kredit abzuschließen. Für V (= Kreditvermittler), der diese Unternehmungen fördern wollte, war es, wenn in X sein Geschäftsfreund G (= Kreditgeber) wohnte, naheliegend, seine Beziehungen zu diesem zum Vorteile des N auszunutzen.

Unter diesen Voraussetzungen gelangte die Praxis zu folgender Übung:

V gab dem N ein Empfehlungsschreiben¹⁾ an G mit. Darin legte er dem G nahe oder forderte ihn gar auf, dem N einen bestimmten Kredit einzuräumen. Um seinem Ansinnen größeren Nachdruck zu verleihen, erklärte V zudem seine Bereitschaft, dem G für den Schaden aufzukommen, den dieser aus der Kreditgewährung vielleicht erleiden könnte. Auf diese Weise konnte V kraft seiner Autorität und seines eigenen Kredits dem N in der Stadt X Kredit vermitteln.

Dem so gestalteten "Kredit-(gewährungs-)auftrag", für den es im römischen Recht keine feste Bezeichnung gab²⁾, fehlte allerdings das juristische Rückgrat. Denn nach dem römisch-rechtlichen Aktionensystem konnte G den eventuellen Anspruch gegen V auf Schadloshaltung gerichtlich nur dann durchsetzen, wenn eine der vorgegebenen klagbaren Vertragsformen angewendet war³⁾. Hierfür bot sich das formlos durch Willensübereinstimmung abzuschließende, in seiner Anwendung äußerst flexible Institut des Mandats an⁴⁾.

Von dem gewöhnlichen Auftrag, ein Geschäft in indirekter Stellvertretung⁵⁾ abzuschließen, unter-

- 1) In den Quellen ist auffallend häufig von schriftlich erteilten Kreditaufträgen die Rede; vgl. die Nachweise bei Sokolowski, a.a.O. S. 110 und Tennenbaum, Der Kreditauftrag, Diss. Tübingen 1912, S. 23.
- 2) Müller, a.a.O. S. 8.
- 3) "Nuda pactio obligationem non parit" (Ulp. Dig. 2, 14, 7, 4).
- 4) Rinck, a.a.O. S. 5.
- 5) Die direkte Stellvertretung kannte das römische Recht nicht (Kaser, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 1955/59, § 62 I S. 226).

schied sich der Kreditauftrag im Grunde genommen nur dadurch, daß der Beauftragte den Kredit auf eigene Rechnung zu gewähren hatte. Für den Auftraggeber hatte das den Vorteil, daß er damit dem Beauftragten auch die Durchführung des ganzen Geschäfts übertrug und sich nicht selbst um Veränderungen in den Verhältnissen des Kreditnehmers sowie um die Einziehung der Forderung zu kümmern brauchte.

Der Umstand, daß der Beauftragte das Geschäft als eigenes abschließen sollte, war es andererseits, der die Anerkennung des Kreditauftrags als gültiges Mandat erschwerte. Den Quellen zufolge versagte sie zunächst Servius, der den Kreditauftrag unter die *mandata tua gratia* einreichte¹⁾, die wie das *consilium* rechtlich unverbindlich waren²⁾. Durch diese Entscheidung sah sich aber die Praxis offenbar nicht gehindert, weiterhin Kreditaufträge zu erteilen. Denn Sabinus hatte über letztere erneut zu entscheiden. Er erkannte den Auftrag, an eine bestimmte dritte Person Kredit zu gewähren, als gültiges Rechtsgeschäft an³⁾. Dies geschah wohl weniger aus rechtlichen Gründen, sondern entsprach der Billigkeit und den Bedürfnissen der Zeit⁴⁾.

Die Klassiker des römischen Rechts fanden damit ein als gültig anerkanntes Rechtsinstitut vor, das im wesentlichen wie folgt geregelt war:

Der Auftraggeber hat nach Mandatsgrundsätzen, anders als der Bürge bei der *fideiussio*, kraft der *actio mandati directa* einen Anspruch gegen den Be-

1) Gai. 3, 156; Gai. Inst. 3, 26, 6.

2) Gai. Dig. 17, 1, 2 pr.; Gai. eod. 2, 6.

3) ... "quia non aliter credisses quam si tibi mandatum esset"..; vergl. oben S.4 Fußn. 1.

4) Müller, a.a.O. S. 23; Sokolowski, a.a.O. S. 109.

auftragten auf Ausführung des versprochenen Kreditgeschäfts¹⁾. Bis zur Ausführung kann er den Kreditauftrag widerrufen²⁾. Der Beauftragte ist während der vertraglichen Bindung zur Diligenz verpflichtet³⁾, da der Kreditauftrag ebenso wie das Mandat von der bona fides beherrscht wird. Eine Schwerpunktsverlagerung gegenüber dem gewöhnlichen Mandat ergibt sich beim Kreditauftrag durch die besondere Ausprägung der actio mandati contraria⁴⁾. Der mit ihr üblicherweise verfolgte Anspruch auf Ersatz der bei der Auftragsausführung entstandenen Auslagen tritt in den Hintergrund. Von um so größerer Bedeutung wird der sonst untergeordnete Anspruch auf Schadensersatz⁵⁾, dann nämlich, wenn der Kreditnehmer ganz oder teilweise nicht leistet. Der Auftraggeber haftet demgemäß für den dem Beauftragten bei dem Kreditgeschäft entstandenen Ausfall⁶⁾.

Damit ist eine bürgschaftsähnliche Haftung gegeben, allerdings nur aus wirtschaftlicher Sicht. Der Bürge nämlich haftet genau für das, was der Dritte schuldet. Die Schuld des Auftraggebers beim Kreditauftrag dagegen ist nicht mit der des Kreditnehmers

- 1) Ulp. Dig. 17, 1, 6, 4; Siller, Der Kreditauftrag des BGB, Diss. Leipzig 1904, S. 5; a.A. Förster, a.a.O. S. 77, der die Auftragsnatur des Kreditauftrags auch für das römische Recht verneint, und Sokolowski, a.a.O. S. 72 ff. für das "Garantiemandat".
- 2) Sohm-Mitteis-Wenger, a.a.O. § 69 I 3 S. 408.
- 3) Kaser, a.a.O. 1. Abschn. § 134 S. 483 f. unter Hinweis auf Ulp. Dig. 17, 1, 8, 10, und Sokolowski, a.a.O. S. 75 unter Hinweis auf Pap. Dig. 46, 3, 95, 11; mit Sicherheit spätestens im justinianischen Recht, vgl. Tennenbaum, a.a.O. S. 24.
- 4) Müller, a.a.O. S. 12 u. 35 f.
- 5) Paul. Dig. 17, 1, 26, 6 f.; Paul. Dig. 17, 1, 20.
- 6) ... "quod a Titio servare non potest"; vgl. Jul. Dig. 46, 1, 13.

identisch, denn sie richtet sich allein nach Mandatsgrundsätzen¹⁾. Deshalb ist sie unabhängig davon, ob die Kreditgewährung in der Form eines gültigen Rechtsgeschäfts erfolgt ist²⁾, sofern der Beauftragte seine Dilligenzpflicht nicht verletzt hat. Weiterhin stehen dem Auftraggeber wegen der fehlenden Akzessorietät der beiden Verpflichtungen die Einreden des Kreditnehmers nicht zu³⁾. Aus gleichem Grunde entfällt die die fideiussio entwertende Konsumtionswirkung der litis contestatio; mit der Klage gegen einen der Schuldner geht der Beauftragte nicht der Klage gegen den anderen verlustig⁴⁾. Ein weiteres Charakteristikum des Mandats, und Ausfluß der actio directa⁵⁾, ist das beneficium cedendarum actionum⁶⁾, das dem leistenden Auftraggeber zum Regreß gegen den Kreditnehmer dient. Denn der befriedigte Beauftragte soll aus dem Mandat nichts zurückbehalten⁷⁾.

Im Gegensatz zur fideiussio durfte der Auftrag nicht auf Kreditierung einer bereits bestehenden Schuld gerichtet sein⁸⁾. Dies wäre unvereinbar mit dem Zweck des Mandats und insbesondere des Kreditauftrags als Kreditvermittlungsinstituts gewesen. Doch wurde der Anwendungsbereich des Kreditauftrags nicht lange nach dessen Anerkennung dadurch erwei-

1) Sohm-Mitteis-Wenger, a.a.O. § 69 I 3 S. 408; Müller, a.a.O. S. 29 f. u. 35 ff.

2) Ulp. Dig. 17, 1, 12, 13.

3) Förster, a.a.O. S. 25.

4) Jul. Dig. 46, 1, 13; Scaev. Dig. 17, 1, 60 pr.

5) Sokolowski, a.a.O. S. 112; Müller a.a.O. S. 39 f.;

a.A. Förster, a.a.O. S. 79 u. 112 f.

6) Gai. Dig. 17, 1, 25, 5; Jul. Dig. 46, 1, 13; Pap. Dig. 46, 3, 95, 10; es handelt sich um einen Forderungsübergang, der zunächst durch Vertrag od. Urteilsspruch erfolgt.

7) Paul. Dig. 17, 1, 20 pr.; Jul. Dig. 46, 1, 13.

8) Ulp. Dig. 17, 1, 12, 14.

tert, daß die Stundung eines bereits gewährten Kredits rechtsgültig aufgetragen werden konnte¹⁾. Das war ein entscheidender Schritt auf dem Wege, den Kreditauftrag als bloßes Sicherungsinstitut zu verwenden²⁾. Man machte sich seine wirtschaftlich der fideiussio ähnlichen Wirkungen zunutze und umging durch ihn immer häufiger sowohl die fideiussio als auch die promissio indemnitatis, ein Garantieverprechen, die beide an die Stipulationsform gebunden waren³⁾.

Diese Entwicklung war Ursache dafür, daß Kreditauftrag und fideiussio von den spätklassischen und den ihnen folgenden Juristen häufig zusammen behandelt und rechtlich weitgehend einander angeglichen wurden. Die Einreden des Bürgen, das beneficium divisionis⁴⁾ und das S.C. Velleianum⁵⁾ wurden auch dem Auftraggeber beim Kreditauftrag zuerkannt⁶⁾. Andererseits wurde das beneficium cedendarum actionum auf die fideiussio übertragen⁷⁾ und die Klagenkonsumtion dort beseitigt⁸⁾. Neue Rechtsprinzipien, wie das der

1) Ulp. Dig. 17, 1, 12, 14.

2) Förster, a.a.O. S. 141 ff.; Müller, a.a.O. S. 42 u. 45.

3) In Anlehnung an Sokolowski, a.a.O. S. 77, kann man die Kreditaufträge dieser Art als Bürgschaftsmandat einerseits und als Garantiemandat andererseits bezeichnen. Stammler, Der Garantievertrag, AcP 69, 1(69), leugnet die Existenz derartiger Garantiemandate; hiergegen: Müller, a.a.O. S. 45 f. sowie Tennenbaum a.a.O. S. 34 ff. mit Beispielen.

4) Teilung der Klage bei Bürgenmehrheit; Pap. Dig. 27, 7, 7 i.f.; Cod. 4, 18, 3.

5) Es betrifft den Kreis der zur Eingehung einer Bürgschaft fähigen Personen; vgl. Ulp. Dig. 16, 1, 2, 1.

6) Kaser, a.a.O. 2. Abschn. § 278 II S. 332 f.

7) Nov. 4, 1.

8) Cod. 8, 40, 28.

Subsidiarität wurden für beide Institute gemeinsam entwickelt¹⁾. Unter diesen Umständen war es nur konsequent, beide in den Digesten (46, 1) und im Codex (8, 40) jeweils innerhalb eines Titels abzuhandeln. Zu einer Verschmelzung der fideiussio zumindest mit dem echten Kreditauftrag ist es indessen nicht gekommen²⁾.

Das Vulgarrecht kennt den selbständigen Kreditauftrag der klassischen Zeit nicht mehr. Unter Führung der oströmischen Schule sinkt er zu einer gelegentlichen Bezeichnung gewöhnlicher Verbürgung herab. Diese Abschleifung alter Unterscheidungen ist eine allgemeine Erscheinung des Vulgarrechts³⁾.

Als Bestandteil des Corpus iuris machte der Kreditauftrag dessen Entwicklung mit. Aus Gründen leichter praktischer Rechtshandhabung verfiel er weiterer nivellierender Vereinfachung⁴⁾. Auch die neu aufblühende Rechtswissenschaft der Glossatoren und ihrer Nachfolger vermochte das richtige Verständnis des Kreditauftrags nicht zu erneuern. Sie scheiterte an der äußeren Gleichartigkeit des letzteren mit der fideiussio in den Digesten⁵⁾.

-
- 1) In der Form des beneficium excussionis (Nov. 4, 1), beim Kreditauftrag zuvor durch pacta adiecta üblich (Müller, a.a.O. S. 35 u. 60 f.).
 - 2) Sohm-Mitteis-Wenger, a.a.O. § 69 I 3 S. 409; Rothenberg, Der Kreditauftrag, AcP 77, 323(343); Förster, a.a.O. S. 146; Rinck, a.a.O. S. 6.
 - 3) Levy, Vulgarrecht, § 81 S. 198; ders., SZ 76, 1 (10 f.).
 - 4) Müller, a.a.O. S. 71.
 - 5) Förster, a.a.O. S. 167 f.

III. Das mandatum qualificatum des gemeinen Rechts

Die gemeinrechtliche Wissenschaft in Deutschland übernahm zunächst die vorgefundene Auffassung vom Kreditauftrag, wonach sich dieser von der inzwischen formlos gültig¹⁾ gewordenen Bürgschaft in der rechtlichen Handhabung kaum unterschied. Obwohl er nunmehr mandatum qualificatum genannt wurde, galt er als eine Nebenform der Bürgschaft^{2) 3)}.

Eine Wandlung ergab sich erst durch die historische Rechtsschule unter Savigny⁴⁾. Diese ging auf die Quellen zurück. Beim Kreditauftrag stieß sie dabei auf dessen ursprünglichen Mandatscharakter. Die Folge war, daß sie bei der Konstruktion des mandatum qualificatum ein gemischtes System anwandte⁵⁾. Bis zur Kreditgewährung unterstellte sie es allein dem Mandatsrecht, danach ließ sie die Rechtssätze der Bürgschaft in den Vordergrund treten. Denn trotz aller neuerlichen Unterscheidung glaubte man, der unleugbaren bürgschaftsähnlichen Haftung auf diese Weise am besten gerecht zu werden. Man sah zwar, daß die Schuld des Mandanten mit der des Kreditnehmers im Gegensatz zur Bürgschaft nicht identisch ist, verfiel sich jedoch in dem beiden Rechtsinstituten ge-

- 1) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Bd. 1. Abt., 2. Aufl. 1879, § 257 S. 194 mit weiteren Nachw.
- 2) Förster, a.a.O. S. 167 f.; Müller, a.a.O. S. 78; BayObLG Seuff.Arch. Bd. 48 Nr. 261.
- 3) Beleg hierfür ist die gesetzliche Regelung des Kreditauftrags im Preuß. ALR innerhalb des Titels "Von den Kautionen und Bürgschaften" (vgl. oben S. 6). Bei ihr handelt es sich um eine bloße Ermächtigung zur Kreditgewährung mit akzessorischer Bürgenhaftung als Folge (Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, II. Bd., 6. Aufl. 1892, § 144 VIII S. 403 f.). Von einem Kredit-"Auftrag" kann schwerlich die Rede sein.
- 4) Förster, a.a.O. S. 168; Müller, a.a.O. S. 75.
- 5) Vgl. statt vieler: Dernburg, 2. Bd., 7. Aufl. 1903, § 77, 2 S. 210 f.

meinsamen Zweck, den Kreditgeber und Gläubiger zu sichern. Es wurde also nicht klar genug erkannt, daß der Kreditauftrag ursprünglich in erster Linie der Kreditvermittlung diene, und daß das Überwiegen des Sicherungszwecks eine spätere Erscheinung darstellt.

Aus der ungenügenden Berücksichtigung der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Kreditauftrags erklärt sich gleichzeitig, daß sich über dessen Dogmatik noch im späten gemeinen Recht trotz der Quellenforschung divergierende Auffassungen bildeten. Gegen sie war nur schwer anzugehen, da sich jede von ihnen rechtfertigen zu können schien.

So hat einerseits insbesondere Arndts erneut eine Verschmelzung von Bürgschaft und *mandatum qualificatum* behauptet¹⁾: Denn die letzteres bestimmende Willenserklärung, für die Schuld eines anderen zu haften, mache gerade den Begriff der Bürgschaft aus. Jener müsse also immer eine wahre Bürgschaft enthalten, die nur dadurch bedingt sei, daß der Gläubiger dem noch gültig bestehenden Mandat gemäß Kredit gegeben habe. - Mit dieser Rechtsauffassung verfolgte Arndts u.a. den Zweck, auch die Bürgschaft in die Gruppe der *bonae fidei* Geschäfte einreihen zu können, der das *mandatum qualificatum* unstreitig angehörte²⁾.

Andererseits wurde die Konstruktion des Kreditauftrags als Garantievertrag entwickelt. Erster Vertreter dieser Richtung war wohl Windscheid³⁾, der in dem Kreditauftrag lediglich ein Schadloshaltungsver-

1) Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 12. Aufl. 1883, § 353 S. 657 mit weiteren Nachweisen.

2) Arndts, a.a.O. Fußn. 3 zu § 353 S. 658(659); ähnlich Sokolowski, a.a.O. S. 125 ff.

3) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl. (2. unveränderte Ausg.) 1882, § 412, 2 S. 550 f.

sprechen sah, das die Römer nur deshalb unter die Kategorie des Mandats gestellt hätten, weil es sonst unter Abwesenden nicht hätte geschlossen werden können. Einschränkend fügt er aber hinzu, daß der Garantievertrag in dieser Anwendung eine Form der Bürgschaft sei. Einen eindeutigen Vertreter fand diese neue Richtung in v.Tuhr¹⁾, ihren eifrigsten Verfechter in Förster mit seiner Dissertation über den Kreditauftrag.

Alle diese gemeinrechtlichen Kontroversen sind von dem Bemühen bestimmt, das nachzuholen, was Sabinus bei der Anerkennung des Kreditauftrags versäumt hatte, nämlich dieses sonderbare Rechtsinstitut juristisch haltbar zu fundieren.

IV. Die Schaffung des § 778 BGB

Das gemeine Recht hatte für eine gesetzliche Fixierung des Kreditauftrags keine feste Grundlage schaffen können. So setzten sich denn die aufgezeigten Bemühungen in der Gesetzgebungsgeschichte fort. Diese spiegelt deutlich wider, wie die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuchs ernsthaft nach einer Lösung vor allem der dogmatischen Probleme des Kreditauftrags suchten, sich aber schließlich resignierend dem beugten, was man herrschende Meinung nennt.

Der 1. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch sah in § 680, dem letzten innerhalb des Titels "Bürgschaft", für den Kreditauftrag folgende Regelung vor:

Hat jemand den ihm von einem Anderen erteilten Auftrag, in eigenem Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, angenommen,

1) v.Tuhr, Actio de in rem verso, 1895,
S. 20 Fußn. 3 und S. 36 Fußn. 36.

so ist das aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältnis, soweit nicht ein anderer Wille der Vertragsschließenden erhellt, nicht nach den Vorschriften über den Auftrag, sondern nach den Vorschriften über die Bürgschaft zu beurteilen.

Es ist nirgends bedauert worden, daß dieser Vorschlag nicht Gesetz wurde. Denn hiernach ist - und so steht es ausdrücklich in den Materialien¹⁾ - der Auftrag nur die äußere Form, in welcher sich die Bürgschaftsleistung vollzieht. Die Eingliederung des Kreditauftrags in das Bürgschaftsrecht ist dann nur folgerichtig. Seiner Dogmatik aber widerspricht die Gleichstellung mit der Bürgschaft. Das beweist seine oben dargestellte historische Entwicklung.

Immerhin ist beachtenswert, daß die Auffassung des Entw. I dem Versuch einer wissenschaftlichen Rechtfertigung unterzogen wird²⁾. Dabei wird auf der einen Seite eine Übereinstimmung des Kreditauftrags mit dem Begriff des Auftrags, der in Beziehung auf den Beauftragten ein negotium alienum voraussetze, schon der praktischen Folgen wegen für kaum möglich erachtet. Auf der anderen Seite erfährt das in zahlreichen anderen Gesetzgebungen der damaligen Zeit verwendete gemischte System entschiedene Ablehnung, da es ein verwickeltes Rechtssystem sei und manchen Streitfragen Raum lasse. Die Vorschrift des Entwurfs dagegen zeichne sich insbesondere durch ihre Einfachheit aus.

Daß sie aber nicht nur dogmatisch verfehlt ist, sondern auch zu Unbilligkeiten führen kann, hat Rothenberg³⁾ nachgewiesen. In dem Fall nämlich, in dem die Kreditverbindlichkeit des Dritten nicht entsteht, vermag der "Beauftragte" für bereits aufgewandte Mittel keinen Ersatz zu erlangen. Rothenberg

1) u. 2) Motive Bd. II S. 683.

3) Rothenberg, a.a.O. S. 323 ff.

formulierte deshalb, wie später auch Bähr¹⁾, einen Gegenentwurf im Sinne des gemischten Systems. Dieser Vorschlag sowie dessen eingehende historische und sachliche Begründung sind jedoch nur Ausdruck der damals herrschenden Meinung.

Beide Gegenstimmen mit ihrem gewichtigen Rückhalt veranlaßten denn auch die Kommission für die 2. Lesung, die Regelung des Kreditauftrags in § 717 Entw. II inhaltlich im Sinne jener zu ändern. Gleichlautend sodann als § 762 in die Reichstagsvorlage von 1896 (§ 763 der Bundesratsvorlage) übernommen, wurde die Neufassung mit nur noch geringer redaktioneller Änderung in § 778 BGB Gesetz.

Sie unterscheidet sich von der im Entwurf I vorgesehenen Bestimmung hauptsächlich durch folgendes: Nur noch die Haftung des Auftraggebers richtet sich nach Bürgschaftsrecht und setzt als solche erst ein, wenn aus der Kreditgewährung eine Verbindlichkeit des Dritten entstanden ist. - Zur Begründung der neuen Fassung findet sich im Gegensatz zu der des Entw. I in den Materialien lediglich der Hinweis, daß diese Abweichung einer für das gemeine Recht verbreiteten Ansicht entspreche und deshalb zu billigen sei²⁾.

Jedoch war die Gleichstellung von Kreditauftrag und Bürgschaft beseitigt und ersterem eine gewisse Selbständigkeit verliehen. Er behielt aber seinen Platz innerhalb des Titels "Bürgschaft". Zur Rechtfertigung dessen könnte der Gesichtspunkt dienen, daß das vor allem interessierende Stadium der Haftung nach wie vor Bürgschaftsgrundsätzen unterworfen

1) Bähr, Gegenentwurf, 1892, § 720.

2) Protokolle Bd. II S. 486.

fen blieb¹⁾. Aber im Gegensatz hierzu ist beispielsweise der Kreditauftrag im Schweiz. Obligationenrecht in einem eigenen Titel im Anschluß an das Auftragsrecht geregelt. Die Materialien zum BGB geben keine Auskunft, ob die Ausgliederung des neugestalteten Kreditauftrags aus dem Titel "Bürgschaft" überhaupt erörtert wurde. Daß dies unterlassen wurde, scheint nicht ausgeschlossen²⁾.

Auch bei der Normierung der angrenzenden Rechtsgebiete fand der Kreditauftrag trotz der ihm widerfahrenen bedeutenden Änderung nicht die erforderliche Beachtung.

Nach dem Entw. I war der Auftrag grundsätzlich ein entgeltlicher³⁾. Erst im Entw. II wurde die Unentgeltlichkeit zur Regel⁴⁾, und eine dem heutigen § 675 BGB entsprechende Bestimmung angefügt⁵⁾. Die Materialien enthalten keinen Hinweis darauf, daß die Auswirkungen dieses Wandels auf den Kreditauftrag überprüft wurden. Das wäre um so nötiger gewesen, als man die Ansicht vertrat, daß vor der Kreditgewährung allein Auftragsrecht Anwendung fände⁶⁾.

Eine besondere Formvorschrift wurde für den Kreditauftrag zunächst ausdrücklich für nicht erforderlich gehalten⁷⁾. Man setzte sich damit bewußt in Gegensatz zu anderen Entwürfen und Gesetzen⁸⁾.

1) Siller, a.a.O. S. 21; Rinck, a.a.O. S. 19.

2) Tennenbaum, a.a.O. S. 13.

3) Entw. I §§ 586, 596 I.

4) Entw. II § 593.

5) Entw. II § 606.

6) Protokolle Bd. II S. 486.

7) Motive Bd. II S. 684.

8) Bayer. Entw. Art. 897; Schweiz. Oblig.Recht Art. 418 a.F.; Preuß. ALR I 14 §§ 213 f. (bei einem Kredit von über 50 Talern).

Zur Begründung dieses Standpunktes genügte es, auf die bei der Bürgschaft vorgesehene Formfreiheit zu verweisen. Bekanntlich hat erst die Reichstagskommission die Aufnahme des Formerfordernisses in das Bürgschaftsrecht veranlaßt¹⁾. Ihr Bericht schweigt aber darüber, ob sie daraufhin die erneute Frage nach der Form des Kreditauftrags auch nur gestellt hat. Dieser Umstand legt die Vermutung nahe, daß es einfach vergessen wurde, das Erfordernis der Schriftform nunmehr auf den Kreditauftrag auszudehnen²⁾. Hatte doch noch die Kommission für die 2. Lesung den Formzwang gerade für die Bürgschaftsverpflichtung u.a. deshalb abgelehnt, um nicht auch für den Kreditauftrag eine Form vorschreiben zu müssen³⁾.

Nachdem schon die Entstehungsgeschichte den Kreditauftrag mit Unklarheiten belastet hatte, waren also auch mit der legislatorischen Schaffung des § 778 BGB noch zahlreiche unglückliche Umstände verkettet. Die Voraussetzungen für dieses Rechtsinstitut, sich künftig in der Praxis zu bewähren, waren somit von vornherein wenig günstig.

-
- 1) Bericht der Reichstagskommission S. 94.
 - 2) Ähnlich: Weidemann, Der Kreditauftrag, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 53, 429 (462); Tennenbaum, a.a.O. S. 60; vgl. auch Planck's Kommentar zum BGB, II. Bd. 2. Hälfte, 4. Aufl. 1928, Anm. 3 a zu § 778.
 - 3) Allerdings unter dem Gesichtspunkt, daß man dann in Widerspruch zur anerkannten Formfreiheit des Mandats geriete. - Protokolle Bd. II S. 463.

2. Teil

Dogmatische Grundgedanken zum Kreditauftrag

I. Die wirtschaftlichen Funktionen des Kreditauftrags

Bei der Frage nach den wirtschaftlichen Funktionen des Kreditauftrags soll klargestellt werden, was in der Praxis mit einem Kreditauftrag gewöhnlich bezweckt wird. Hierüber bestand in der Wissenschaft Uneinigkeit. Drei Gruppen von Meinungen lassen sich unterscheiden:

Zunächst wurde die Ansicht vertreten, der Kreditauftrag diene in erster Linie der Sicherung des Kreditgebers^{1) 2)}. Für diesen bestehe das Bedürfnis, jenes Risiko möglichst zu mindern, das in der Weggabe von Vermögenswerten ohne sofortige reale Gegenleistung liege. Erst ein Schadloshaltungsversprechen, und nur dieses, mache ihn geneigt, den gewünschten Kredit dem Dritten zu gewähren.

Bei dieser Meinung wurde übersehen, was die Geschichte des Kreditauftrags lehrt³⁾: Der Kreditgeber wird in der Regel erst durch die vermittelnde Initiative eines einflußreichen Förderers des Kreditsuchenden zum Abschluß des Kreditgeschäfts veranlaßt.

Eine andere Gruppe von Autoren verfocht daher die Meinung, der Kreditauftrag sei seinem Zweck nach da-

1) So ausdrücklich: Förster, a.a.O. S. 196; Lippmann, Der Kreditauftrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs, JherJahrb. 48, 315(333); gleicher Ansicht wohl: Windscheid-Kipp, Pandekten, 2. Bd., 9. Aufl., § 412, 2 S. 817 f.; Arndts, a.a.O. § 353 S. 656 ff.

2) Unter "Kreditgeber" sei im folgenden auch derjenige verstanden, der einen Kredit erst gewähren will oder soll.

3) Vgl. oben S. 8 f.

von bestimmt, daß durch ihn Kredit vermittelt werde. Dieses Ziel stehe ganz im Vordergrund und es allein verleihe dem Rechtsinstitut Eigenständigkeit¹⁾. Die Sicherstellung des Kreditgebers erfolge beiläufig und sei zunächst keinesfalls vorherrschend²⁾.

Diese Meinung ist zu einseitig. Alle Bemühungen eines Kreditvermittlers hätten wenig Erfolg, wenn mit ihnen nicht die Sicherstellung des Kreditgebers verbunden wäre.

Aus dem Widerstreit dieser Ansichten ist eine dritte, heute herrschende Meinung hervorgegangen³⁾. Ihrzufolge ist dem Kreditauftrag sowohl die Vermittlungs- als auch die Sicherungsfunktion eigen, doch stehe die erstere im Vordergrund.

Dieser Meinung ist zuzustimmen. In der Stellungnahme zu den beiden anderen wurde bereits darauf hingewiesen, daß beim Kreditauftrag die Vermittlungs- und die Sicherungsfunktion von Bedeutung sind⁴⁾. Doch das Vermitteln des Kredits ist das primäre, das die Kreditgewährung überwiegend veranlassende Moment. Der den Vertragsabschluß einleitende und schon prima

1) Jaeckel, Der Kreditauftrag, Diss. Greifswald 1901, S. 26; Rinck, a.a.O. S. 10; Siller, a.a.O. S. 13; Tennenbaum, a.a.O. S. 46; Müller, a.a.O. S. 52; Becker, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, II. Abt., 1934, Rdnr. 3 zu Art. 408.

2) Rothenberg, a.a.O. S. 328; Jaeckel, a.a.O. S. 26.

3) Rothenberg, a.a.O. S. 328; Jaeckel, a.a.O. S. 26; Weidemann, a.a.O. S. 436; Siller, a.a.O. S. 13; Tennenbaum, a.a.O. S. 52; Crome, Recht der Schuldverhältnisse, 1902, § 299 S. 891; Leonhard, Besonderes Schuldrecht, 1931, § 164 S. 329; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., 1960, § 165, 1 S. 680; Planck, a.a.O. Anm. 2 a zu § 778; Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, 2. Bd., 2. Teil, 11. Aufl., 1960, Anm. 2 zu § 778; Warneyer, Kommentar zum BGB, 1923, Anm. I zu § 778; RG WarnR 1912 Nr. 106; BGH WM 1960, 879 (880).

4) Bezeichnend ist insoweit die Formulierung in RGZ 87, 144(147): "... auf Veranlassung und unter Einstehen des Beklagten ...".

facie bestimmende Wille des Kreditvermittlers ist weniger auf die Sicherung des Kreditgebers als vielmehr darauf gerichtet, dem Dritten Kredit zu verschaffen. Für den Kreditgeber ist die Sicherung auch nicht Anlaß, sondern lediglich Bedingung für sein Tätigwerden. Treffend zum Ausdruck kommt die Vorrangigkeit der Vermittlungsfunktion in der von den Römern für einen Kreditauftrag häufig gebrauchten Anforderung: "periculo meo crede".

Zur Verdeutlichung dieser Ausführungen sei auf die beiden eingangs geschilderten Beispielsfälle (s. oben S. 1-3) zurückgegriffen.

In dem Fall des Textilkaufmanns kann ein Kreditauftrag der Mutter an die Bank deshalb nicht angenommen werden, weil hier das Sicherungsinteresse der Bank vorherrschend war. Das Telegramm der Mutter war lediglich Bedingung für die Darlehensgewährung.

In dem Fall des Zeitungsdrucks dagegen hat die Druckerei erst durch das Eingreifen der Stützungs-gesellschaft erwogen, die Zeitung weiterzudrucken, wenn auch im Vertrauen auf die finanzielle Zusage. Situationsbeherrschend war hier das Drängen der Gesellschaft auf vorübergehende Stundung, so daß aus diesem Gesichtspunkt die Annahme eines Kreditauftrags gerechtfertigt ist.

II. Die Kreditvermittlungsfunktion

1. Regelung der Vermittlungsfunktion in § 778 BGB

Wer unvoreingenommen die Regelung des Kreditauftrags in § 778 BGB liest, wird zu der Auffassung gelangen, daß die Kreditvermittlung durch Auftrag erfolgt. Sogleich stellt sich die Frage, ob es ein Auftrag i.S. der §§ 662 ff. BGB ist.

Die Antwort hierauf war lange umstritten. Auf den Streit soll später eingegangen werden. Zunächst sei eine Lösung allein im Wege der Gesetzesauslegung versucht. Dabei seien nacheinander alle heute üblichen Auslegungsmethoden zu Rate gezogen, und zwar ohne von

vornherein ihren Wert und ihr Verhältnis untereinander zu beurteilen¹⁾.

Der Wortlaut des § 778 BGB enthält die Ausdrücke "beauftragt" und "Beauftragter". Die grammatische Auslegungsmethode, die auf den Wortsinn abstellt, führt zu der Frage, ob diese Ausdrücke dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens entsprechen²⁾, oder ob sie rechtstechnisch zu verstehen sind.

Die genannten Ausdrücke sind typische Begriffe des Auftragsrechts. An allen anderen Stellen des BGB, wo derartige Begriffe vorkommen, sind sie anerkanntermaßen technisch zu verstehen³⁾. Gilt dann Gleiches auch für § 778 BGB?

Eine solche Folgerung ist naheliegend, aber nicht zwingend. Denn der Sprachgebrauch eines Gesetzes, auch der des BGB, ist nicht immer konsequent. Es ist erwiesen, daß dasselbe Wort innerhalb desselben Gesetzes verschiedenen Sinn haben kann⁴⁾.

Als Ergebnis der grammatischen Auslegung ist also festzustellen, daß es nicht ausgeschlossen ist, die Auftragsbegriffe in § 778 BGB als solche im Sinne der §§ 662 ff. BGB zu verstehen. Ob die Begriffe als wirklich übereinstimmend zu erachten sind, hängt von weiterer Auslegung ab.

- 1) Darauf kann im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden, sollten sich übereinstimmende Ergebnisse zeigen.
- 2) "Auftrag" ist dort mehrdeutig (vgl. Palandt-Gramm, BGB, 23. Aufl. 1964, Anm. 1 c zu § 662).
- 3) Weidemann, a.a.O. S. 450; vgl. die dort in Fußn. 8 aufgeführten Gesetzesstellen; vereinzelte Ausnahmen außerhalb des BGB: §§ 167, 753 ZPO, §§ 60, 70 BörsenG.
- 4) Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, 3. Aufl. 1965, S. 20 f.; Engisch, Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl. 1964, S. 78; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S. 243.

Die systematische Auslegungsmethode¹⁾ hilft allerdings nicht weiter. § 778 BGB steht ebenso außerhalb der für das Auftragsrecht maßgebenden §§ 662-676 BGB wie andere gesetzlich geregelte Aufträge näher bestimmten Inhalts²⁾. Eine Erklärung für die Stellung des Kreditauftrags am Ende der Vorschriften über die Bürgschaft bildet die Eigenart der Haftung des Kreditvermittlers³⁾.

Bei der Auslegung nach der historischen Methode ist auf die Entstehungsgeschichte des Kreditauftrags zurückzugreifen. Insbesondere ist zu fragen, was der Gesetzgeber mit den von ihm gewählten Ausdrücken gewollt hat⁴⁾.

In dem historischen Teil dieser Arbeit, auf den zu verweisen ist, wurde dargelegt, daß die heutige rechtliche Ausgestaltung des Kreditauftrags auf die Gegenvorschläge von Rothenberg und Bähr zurückgeht⁵⁾. Letztlich kam auf diesem Wege das von der damals herrschenden Meinung vertretene gemischte System zu gesetzlicher Geltung. Soweit dieses System hier von Bedeutung ist, hat es in den Gesetzesmaterialien folgende Erklärung gefunden⁶⁾: "Vor erfolgter Kreditgewährung sollen somit⁷⁾ die Bestimmungen über den Auftrag

1) Sie gilt trotz Überschneidungen mit der teleologischen als eigenständige Auslegungsmethode (vgl. Larenz, Methodenlehre, a.a.O. S. 244 ff.); Bedenken gegen eine Trennung beider äußert Engisch, a.a.O. S. 79.

2) Vgl. Fußn. 3 der vorhergehenden Seite.

3) Vgl. oben S. 20 Fußn. 1.

4) An Stelle der üblicherweise gebrauchten Formel vom "Willen des Gesetzgebers" spräche man besser von den "Vorstellungen der an der Gesetzgebung beteiligten Personen". Man rechtfertigte dann leichter die Heranziehung der Gesetzesmaterialien. Vgl. zu dieser Unterscheidung und den dahinterstehenden Problemen Larenz, Methodenlehre, S. 247 ff.

5) Vgl. oben S. 18 f.

6) Protokolle Bd. II S. 486.

7) Zu ergänzen: "ausschließlich".

(in Bezug auf Kündigung, Widerruf usw.) Anwendung finden."

Diese Hinweise lassen ganz eindeutig erkennen, daß nach den Vorstellungen der an der Gesetzgebung beteiligten Personen die Begriffe aus dem Auftragsrecht in § 778 BGB rechtstechnisch zu verstehen sind.

Die Auslegung nach der teleologischen Methode schließlich hat den rechtspolitischen Zweck des § 778 BGB zu berücksichtigen.

Nach der oben¹⁾ dargelegten herrschenden Meinung hat der Kreditauftrag einen doppelten Zweck: Er soll die Kreditvermittlung ermöglichen und den Kreditgeber sichern. Wenn dabei die Kreditvermittlung als der überwiegende Zweck erkannt wurde, so muß das auch in der rechtlichen Ausgestaltung zum Ausdruck kommen. Dem Interesse²⁾ des Vermittlers an der Kreditgewährung ist am besten dadurch Rechnung getragen, daß sich der Kreditgeber zu der Kreditgewährung und deren sorgfältigen Durchführung verpflichtet. Eine Verpflichtung jedoch tritt vorliegend nur ein, wenn man die Begriffe "beauftragt" und "Beauftragter" aus einem Auftrag i.S. der §§ 662 ff. BGB herleitet.

Der Gesetzgeber selbst hat sich zu dem Zweck des Kreditauftrags nicht ausdrücklich geäußert. Hätte er aber beispielsweise der Sicherung des Kreditgebers die überragende Bedeutung beimessen wollen, so hätte er neben der Bürgschaft eine zusätzliche Regelung des Kreditauftrags unterlassen können³⁾.

1) S. 23.

2) Bei dieser Argumentation sei an die Interessenjurisprudenz angeknüpft, als deren wichtigster Vertreter Philipp Heck aus der Tübinger Schule zu nennen ist.

3) Mit diesem Argument wird wieder der Bereich der systematischen Auslegung berührt (vgl. S. 26).

Die teleologische Auslegung hat also unter zweifachem Gesichtspunkt ebenfalls zum Ergebnis, daß dem Kreditauftrag ein Auftrag i.S. der §§ 662 ff. BGB zugrunde liegt.

Zusammenfassend ist festzustellen: Nach keiner der verwendeten Auslegungsmethoden sind Anhaltspunkte dafür gegeben, daß in § 778 BGB die Kreditvermittlung nicht in der Form eines Auftrags i.S. der §§ 662 ff. BGB geregelt worden ist. Vielmehr ist eine solche Regelung durch die beiden letzten, die wichtigsten Auslegungsmethoden bestätigt worden. Auf deren Verhältnis zueinander braucht deshalb hier nicht eingegangen zu werden.

Trotz dieses eindeutigen Auslegungsergebnisses wurde in Literatur und Rechtsprechung geleugnet, daß der Kreditauftrag einen Auftrag i.S. der §§ 662 ff. BGB enthalte¹⁾. Nach der Auffassung Försters ist der Kreditauftrag Garantievertrag. Nach Meinung der übrigen stellt er sich als Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit dar, wobei der "Auftrag" lediglich eine den Kreditgeber nicht verpflichtende Ermächtigung sei.

Als wichtigstes Argument wurde angeführt, daß nach dem Gesetzeswortlaut in § 778 BGB im Gegensatz zu § 662 BGB eine Annahme des "Auftrags" nicht vorgesehen sei.

Das Fehlen dieses Kriteriums ist in der Tat ein gesetzgeberischer Mangel gegenüber dem 1. Entwurf²⁾. Es bedeutet aber keine sachliche, sondern nur eine redaktionelle Änderung und ist wahrscheinlich aus Grün-

1) Förster, a.a.O. S. 186 ff.; Eccius, Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat, Gruch-Beitr. 46, 55(6of.); Lippmann, a.a.O. S. 379 f.; Goldmann-Lilienthal, BGB 1. Bd., 2. Aufl. 1903, § 209 II S. 813 Fußn. 14; OLG Marienwerder, OLG-Rspr. 8, 84.

2) Siehe oben S. 17 f.

den der Abkürzung erfolgt¹⁾. Auch an anderen Stellen des BGB sind die Begriffe des Auftragsrechts rechtstechnisch gemeint, obwohl von einer Annahmeerklärung keine Rede ist²⁾.

Das durch die Auslegung gewonnene Ergebnis entspricht der heute herrschenden Meinung³⁾. Von ihm ist im folgenden auszugehen.

2. Kritik an dieser Regelung

a) Ausgangssituation

Mit einer Kritik an der Regelung der Kreditvermittlung in § 778 BGB sei die Frage aufgeworfen, ob der Gesetzgeber gut daran getan hat, sich der Form des Auftrags zu bedienen. Passen die Rechtssätze des Auftrags auf den Kreditauftrag, wie ihn der Gesetzgeber vorgefunden hat, oder ist der Kreditauftrag des § 778 BGB etwas Neuartiges?

Die Lösung dieses Problems soll im Wege des Vergleichs gefunden werden. Es wird geprüft, ob die Rechtssätze des "eigentlichen" Kreditauftrags, soweit er die Kreditvermittlung betrifft, mit denen des Auftrags der §§ 662 ff. BGB in Übereinstimmung gebracht werden können. Dabei sei wegen der zahlreichen Veränderungen des Kreditauftrags in späterer Zeit⁴⁾ von

1) RGZ 56, 130(135); Siller, a.a.O. S. 22; Tennenbaum, a.a.O. S. 15.

2) Vgl. oben S. 25 Fußn. 3.

3) RGZ 56, 130(133); BGH WM 1960, 879(880); Staudinger-Brändl, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Rdnr. 2 zu § 778; RGRKomm. z. BGB, a.a.O. Anm. 1 zu § 778; Erdsiek-Mühl bei Soergel-Siebert, BGB, 9. Aufl., Rdnr. 1 zu § 778; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958, § 196, 1 S. 804; Esser, a.a.O. § 165, 2 S. 681.

4) Siehe oben S. 13-17.

jenem Kreditauftrag ausgegangen, wie er sich bis zu der großen Kodifikation unter Justinian im römischen Rechtsleben entwickelt hatte¹⁾. Er sei als jenes organisch gewachsene Rechtsinstitut verstanden, von dem man sagt, es sei den Gesetzgebern vorgegeben und räume diesen in der Regel nur einen gewissen Spielraum in der Ausgestaltung ein²⁾.

Um die Berechtigung der geplanten Untersuchungen zu erhellen, sei ihnen die Meinung Försters vorangestellt. Er nämlich hat mit folgenden Argumenten nachzuweisen versucht, daß Auftrag und Kreditauftrag grundlegend verschieden seien³⁾:

Beim Auftrag werde ein eigenes Geschäft des Auftraggebers dem Beauftragten übertragen. Der Auftraggeber könne oder wolle das Geschäft nicht selbst vornehmen, weshalb es ein anderer an seiner Stelle besorgen solle. Er allein wolle Herr des Geschäfts sein und dessen rechtliche und wirtschaftliche Konsequenzen auf sich bezogen haben. Die Person des Beauftragten solle lediglich formelles Durchgangsmittel, nicht materielles Subjekt des Geschäfts sein.

Der durch den Kreditauftrag aufgeforderte Kreditgeber solle dagegen den Kredit im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gewähren. Er führe also ein formell und materiell eigenes Geschäft aus, an dessen Vorteilen der Kreditvermittler nicht teilhabe. Denn dieser wolle nicht Gläubiger des Kreditgebers in dem Sinne werden, daß er von ihm jederzeit Herausgabe des aus der Ausführung der Aufforderung Erlangten, der Kreditforderung und der Zinsen, fordern könne. Er wol-

1) Vgl. oben S. 10-13.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 137 u. 185, der an Savigny anknüpft und auf Forsthoff verweist.

3) A.a.O. S. 186 ff., insbes. S. 191 ff.;
vgl. auch schon S. 66 ff.

le im Gegenteil lediglich dessen Schuldner werden, indem er die Kreditgefahr übernehme. Auch von Aufwendungen im rechtlichen Sinne könne nicht die Rede sein, da man diese nur für fremde Geschäfte mache.

Diese Argumente Försters sind naheliegend und nicht ohne jede Überzeugungskraft. Sie verlangen deshalb eine genaue Prüfung, ob die Rechtssätze des "eigentlichen" Kreditauftrags zwanglos denen des Auftrags entsprechen.

b) Kreditauftrag als Geschäftsbesorgung

Der Kreditauftrag muß, um Auftrag zu sein, die Besorgung eines fremden Geschäfts enthalten (§ 662 BGB). Sie kann nur in der Ausführung des Auftrags bestehen, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu gewähren.

Was unter dem Begriff der Geschäftsbesorgung zu verstehen ist, dürfte letztlich mit hinreichender Schärfe nicht feststellbar sein. Auf Grund seiner Erforschung in der Wissenschaft¹⁾ sind aber verschiedene Merkmale herausgearbeitet, die zu seiner brauchbaren Kennzeichnung genügen.

Erforderlich ist zunächst, daß der Geschäftsbesorger aktiv tätig wird²⁾.

Durch den Abschluß des Kreditgeschäfts mit dem Dritten erfüllt der Kreditgeber diese Voraussetzung.

- 1) Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB, 1900; Dniestrzanski, Zur Lehre von der Geschäftsführung, JherJahrb. 77, 48 ff.; Isele, Geschäftsbesorgung, Umriss eines Systems, 1935; Lent, Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung, 1937.
- 2) Isele, a.a.O. S. 121; RGZ 65, 17(18).

Sodann glaubte man allgemein fordern zu müssen, daß der Beauftragte im Interesse des Auftraggebers handle, daß er dessen Interessen wahrnehme und fördere. Abschwächend wurde jedoch sogleich hinzugefügt, daß die Geschäftsbesorgung auch den Interessen eines Dritten oder des Beauftragten selbst dienen könne; sie dürfe nur nicht ausschließlich im Interesse des Beauftragten liegen¹⁾.

Wenn man nun weiter fragt, was denn die Wahrnehmung fremder Interessen bedeute, so gehen die Ansichten auseinander und lassen eine gewisse Unsicherheit erkennen. Die einen²⁾ verstehen sie als unmittelbare³⁾ Einwirkung in den rechtlichen Bereich des Geschäftsherrn, die anderen⁴⁾ als solche in den wirtschaftlichen, wieder andere⁵⁾ lassen beides gelten. Die einen⁶⁾ unterscheiden streng zwischen "Interesse" und "Vorteil", während die anderen⁷⁾ beide Begriffe gleichbedeutend gebrauchen.

- 1) RG LZ 1933 S. 915 Nr. 6; RG WarnR 1935 Nr. 129; Motive Bd. II S. 527; Planck, a.a.O. Vorbem. II vor § 662; Staudinger-Nipperdey, a.a.O. Rdnr. 9 zu § 662; Erdsiek-Mühl bei Soergel-Siebert, BGB, Rdnr. 10 zu § 662; Leonhard, a.a.O. § 128 S. 247.
- 2) Isay, a.a.O. S. 44 f. (anders S. 64 f.); Isele, a.a.O. S. 7 u. 156; Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 6. Aufl. 1913, § 143 II S. 584 (in Verb. mit S. 613); Protokolle Bd. II S. 377.
- 3) Isay, a.a.O. S. 45 u. 67; Isele, a.a.O. S. 162; a.A.: Dniestrzanski, a.a.O. S. 56 f.
- 4) Kreller, Zum Iudicium Mandati, Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt, 1931, S. 118 (145 ff.); Leonhard, a.a.O. § 128 S. 248.
- 5) Dniestrzanski, a.a.O. S. 56 f. u. 60 ff.; Planck, a.a.O. Vorbem. II vor § 662; Crome, a.a.O., § 252 I 1 S. 612 f.; Erdsiek-Mühl bei Soergel-Siebert, a.a.O. Rdnr. 10 zu § 662; Esser, a.a.O. § 139, 7 S. 619.
- 6) Weidemann, a.a.O. S. 438; Rinck, a.a.O. S. 21.
- 7) v. Tuhr, Actio de in rem verso, S. 20; Unger, Handeln auf fremde Gefahr, JherJahrb. 33, 299 (325); Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bes. Teil, 6. Aufl. 1964, § 52 I S. 235.

Da beim Kreditauftrag der Kreditgeber den Kredit auf eigene Rechnung zu gewähren hat, ist sein eigenes Interesse an dem Geschäft ebenso offenkundig wie das des Kreditsuchenden. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß gleichzeitig ein Interesse des Kreditvermittlers mit im Spiele ist¹⁾. Der Kreditgeber verfolgt nämlich nur das gewöhnliche Interesse, seine Vermögenswerte sicher und nutzbringend anzulegen. Der Kreditvermittler hat demgegenüber das ihm eigene Interesse, daß die Kreditgewährung an einen bestimmten Dritten erfolgt und dabei seine Vorstellungen - etwa über Höhe und Dauer des Kredits - Berücksichtigung finden.

Das Interesse des Kreditvermittlers an der Kreditgewährung kann auf verschiedene Gründe zurückzuführen sein. Folgende Beispiele aus der Rechtsprechung mögen das andeuten. Mit ihnen sei gleichzeitig darauf hingewiesen, daß das Eingreifen des Kreditvermittlers keineswegs immer so fremdnützig ist, wie es den Anschein haben könnte.

Die Gesellschafter einer finanzschwachen GmbH erteilten ihrem Geschäftsführer den Auftrag zur Geldbeschaffung. Dieser nahm den Auftrag an und veranlaßte seinerseits ein Kreditinstitut, der GmbH ein Darlehen zu gewähren (2).

Ein kranker Junge befand sich zum Kuraufenthalt in der Schweiz, ohne für die Kosten aufkommen zu können. Die unterhaltspflichtigen Eltern baten daher den Inhaber der Pension, ihren Sohn noch zu behalten, und versprachen, für die Pflegekosten aufzukommen (3).

In diesen Beispielen waren die Kreditvermittler zu ihrem Eingreifen verpflichtet. Die Verpflichtung war im ersten Falle eine rechtsgeschäftliche, nämlich die aus einem Auftrag, im zweiten Falle eine gesetzliche, nämlich die aus elterlicher Unterhaltspflicht.

1) RGZ 56, 130(133); Tennenbaum, a.a.O. S. 16.

2) RGZ 151, 93(99 ff.).

3) OLG Karlsruhe, Bad.Rspr. 1928, 81.

Die X-AG, die 75% der Aktien der Y-AG besaß, war über deren rückläufige Entwicklung besorgt und beschloß einzugreifen. Ihr Vorstandsmitglied B wurde allein vertretungsberechtigter Vorstand der Y-AG. Da sie selbst zur Hilfe gerade keine Mittel flüssig hatte, gewann sie eine Bank, die sich bereit fand, der Y-AG bis zum Höchstbetrage von 120.000 DM Kredit zu gewähren (1).

Hier ist für das Interesse des Kreditvermittlers seine wirtschaftliche Verflechtung mit dem Dritten, der sein Zulieferer oder Abnehmer sein kann, entscheidend. Er hätte Vermögenseinbußen zu gewärtigen, wenn der Dritte den Kredit nicht erhielt und womöglich in Konkurs fiel.

A ersuchte B, seinem Sohne Schweine auf Kredit zu liefern. B weigerte sich anfänglich, hierauf einzugehen. Aber auf die Versicherung des A, daß er doch für die Schuld seines Sohnes einstehe, erklärte sich B zur Lieferung und Kreditierung bereit (2).

In diesem Falle ist es die verwandtschaftliche Verbundenheit, die den Vater zu seinem Eingreifen veranlaßte. Die Skala möglichen Handelns auf Grund persönlicher Beziehungen reicht bis zum reinen Gefälligkeitssdienst.

Man kann die solchermaßen begründeten Interessen eines Kreditvermittlers an der Kreditgewährung genügen lassen, um sein Tätigwerden als Besorgung eines fremden Geschäfts zu erachten. Ein klares Tatbestandsmerkmal der Geschäftsbesorgung ist dadurch allerdings nicht gewonnen.

Das Ergebnis ist ähnlich, wenn man auf die Verknüpfung der Interessen mehrerer Beteiligten beim Kreditauftrag abstellt. Ausgangspunkt für die Argumentation ist, daß bei der Geschäftsbesorgung zu der Fremdinteressenwahrung eine Eigeninteressenverfolgung hinzutreten und gegenüber jener sogar das Übergewicht erlangen kann. Der Beauftragte darf nur nicht allein in

1) In Anlehnung an RG WarnR 1930 Nr. 135.

2) RG WarnR 1912 Nr. 106.

eigenem Interesse handeln¹⁾.

Verständlicherweise läßt man deshalb beim Kreditauftrag jedes Affektionsinteresse auf Seiten des Kreditvermittlers genügen²⁾. Auch das allein durch die Auftragserteilung bekundete Interesse wird für ausreichend gehalten³⁾. Überdies beruft man sich auf das Interesse des Dritten, das der Kreditvermittler ohne weiteres zu seinem eigenen machen könne⁴⁾.

Zugeständnisse dieser Art aber verhindern die Abgrenzung und nähere Bestimmung des Rechtsinstituts Geschäftsbesorgung.

Aus diesem Dilemma ergibt sich folgerichtig, daß das fremde Interesse als ein ohnehin kaum zu umschreibender Begriff⁵⁾ ungeeignet ist, Tatbestandsmerkmal der Geschäftsbesorgung zu sein. Auf den Kreditauftrag bezogen kommt diese Erkenntnis in dem häufig zitierten salomonischen Satze zum Ausdruck, daß der Kreditauftrag zwar ein Interesse des Kreditvermittlers vertrage, es aber nicht voraussetze⁶⁾.

1) Vgl. Isele, a.a.O. S. 40 sowie oben S. 32 Fußn. 1.

2) Müller, a.a.O. S. 25 u. 103.

3) RGZ 56, 130(134); RGRKomm. z. BGB, a.a.O. Anm. 1 zu § 778 (10. Aufl.!); Planck, a.a.O. Anm. 2 a zu § 778; Müller, a.a.O. S. 103; Siller, a.a.O. S. 10 u. 24.

4) RGRKomm. z. BGB, a.a.O. (10. Aufl.!) Anm. 1 zu § 778; Tennenbaum, a.a.O. S. 72.

5) Vgl. oben S. 32.

6) Windscheid-Kipp, a.a.O. § 412, 2 S. 817 Fußn. 18; von Godin in Reichsgerichtsräte-Kommentar zum HGB, 2. Aufl., Anm. 52 zu § 349; Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 1 zu § 778; Förster, a.a.O. S. 71; Lippmann, a.a.O. S. 347 f.; Schaarschmidt, Die Sparkassenkredite, 4. Aufl., Rdnr. 1372 S. 564; Zeiss, Die Umdeutung einer formnichtigen Bürgschaft in einen Kreditauftrag, WM 1963, 906(908); BGH WM 1956, 1211(1212); BGH WM 1959, 1458(1459).

Die Geschäftsbesorgung kennzeichnet weiterhin ein treuhänderischer Einschlag ¹⁾. Zu dessen Veranschaulichung sei auf den als Geschäftsbesorgung allgemein anerkannten Fall verwiesen, eine zur Sicherheit abgetretene Forderung einzuziehen. Er ist gleichzeitig ein Beispiel von Interessenverknüpfung.

Beim Kreditauftrag liegt die treuhänderische Bindung des beauftragten Kreditgebers in dessen Diligenzpflicht, d.h. der Pflicht, bei der Auftragsausführung ständig die erkennbaren Interessen des Kreditvermittlers zu berücksichtigen ²⁾.

Ein anderes, von Isele ³⁾ bevorzugtes Kriterium für die Geschäftsbesorgung ist die Macht ⁴⁾ des Geschäftsbesorgers, zugunsten und zu Lasten des Geschäftsherrn in dessen Rechtskreis tätig zu sein. Doch darf diese Macht nur zu relativ selbständigem Handeln befugen ⁵⁾. Sie muß von dem Geschäftsherrn abgeleitet sein und von ihm widerrufen werden können ⁶⁾.

Beim Kreditauftrag handelt der Kreditgeber zugunsten des Kreditvermittlers, indem er dessen auf die Kreditgewährung an den Dritten gerichtetes Interesse befriedigt. Rechte verschafft er ihm durch das Kreditgeschäft jedoch nicht. Zu seinen Lasten handelt er insoweit, als er durch die Kreditierung einen allerdings nur potentiellen Anspruch gegen ihn begründet.

1) Auf ihn hat insbesondere Esser, a.a.O. § 139 S. 615 ff. aufmerksam gemacht.

2) Vgl. oben S. 11, im einzelnen unten S. 70 ff.

3) A.a.O. S. 7 ff.

4) Später hat Müller-Erzbach die Machtlage (sowie u.a. die Risikotragung - s. nächste Seite) allgemein als kausalen Faktor der Rechtsbildung aufgefaßt, womit er das Forschungsfeld der Interessenjurisprudenz erweiterte (vgl. insbes.: Die Rechtswissenschaft im Umbau, 1950, S. 84 ff.).

5) Isele, a.a.O. S. 103.

6) Isele, a.a.O. S. 10 u. 52.

Dabei treffen ihn Auskunfts-, Benachrichtigungs- und Rechenschaftspflichten. Er kann also nicht nach Gutdünken handeln. Die Herleitung seiner Macht von dem Geschäftsherrn beruht auf vertraglicher Vereinbarung. Bis zur Kreditgewährung kann der Kreditvermittler auch das von ihm veranlaßte Tätigwerden des Kreditgebers durch Widerruf aufhalten.

Stellt man also auf die Macht des Geschäftsbesorgers ab, zugunsten und zu Lasten des Geschäftsherrn in dessen Rechtskreis tätig zu sein, so begegnet man ersten Schwierigkeiten, will man den Kreditauftrag als Geschäftsbesorgung verstanden wissen.

Außerdem ist für die Geschäftsbesorgung bezeichnend, daß deren Gefahr der Geschäftsherr trägt¹⁾. Dieses Kriterium ergibt sich zwar nur als Folge der Zugehörigkeit des Geschäfts zu einem bestimmten Interessenbereich, nämlich dem des Geschäftsherrn. Es ist dennoch nützlich, um eine Tätigkeit als Besorgung eines fremden Geschäfts zu qualifizieren. Ihm liegt der Gedanke ausgleichender Gerechtigkeit zugrunde, daß der Geschäftsbesorger nicht in fremdem Interesse Vermögensopfer auf sich nehmen soll²⁾.

Dieser Satz wird in seinem Kern auch dann nicht berührt, wenn die Geschäftsbesorgung gegen Entgelt erfolgt. Das Moment der Entgeltlichkeit ist zwar Ausdruck eigenen Interesses des Geschäftsbesorgers, hindert aber ebensowenig wie dieses die gleichzeitige Besorgung eines fremden Geschäfts³⁾.

- 1) Unger, a.a.O. S. 325; Isay, a.a.O. S. 64; Isele, a.a.O. S. 58; vgl. außerdem S. 36 Fußn. 4.
- 2) BGHZ 15, 102(105); Staudinger-Nipperdey, a.a.O., Vorbem. vor § 662, Rdnr. 2; Lent, a.a.O. S. 60; Larenz, a.a.O. § 52 III S. 241.
- 3) Dniestrzanski, a.a.O. S. 49 f.; Isele, a.a.O. S. 99.

Die für den Geschäftsbesorger mit seiner Tätigkeit normalerweise verbundenen Vermögensopfer werden als Aufwendungen bezeichnet. Darunter sind freiwillige, zweckbestimmte Einbußen an Vermögenswerten zu verstehen; hierzu gehören außerdem solche, die ungewollt sind, aber als notwendige Folge der Geschäftsbesorgung erkannt und in Kauf genommen sind¹⁾.

Aufwendungen in diesem Sinne sind auch dem Kreditauftrag nicht fremd. Sie fallen z.B. bei Beschaffung und Übermittlung des Kredits an²⁾ 3). Noch kein Vermögensopfer stellt die Kreditgewährung selbst dar, da ihr die Forderung aus der Kreditverbindlichkeit des Dritten als Äquivalent entspricht.

Die dem Kreditauftrag charakteristische Vermögensseinbuße erwächst vielmehr erst daraus, daß der Kreditnehmer seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt. Sie ist für den Kreditgeber eine ungewollte, nur mögliche Folge der Kreditgewährung. Daher fällt sie nicht unter den Begriff der Aufwendungen. Für sie ist die Bezeichnung "Einsatz" angebracht, weil für ihren Eintritt ein Risiko gegeben ist⁴⁾.

Die Haftung für derartige Vermögensseinbußen kennt auch die Geschäftsbesorgung⁵⁾, doch ist sie bei ihr eine Begleiterscheinung, während sie beim Kreditauftrag im Mittelpunkt steht.

- 1) Lent, a.a.O. S. 60; vgl. auch BGH VersR. 1957, 388(390).
- 2) Ein in der Entscheidung des OLG Marienwerder in OLG-Rspr. 9, 13 außer acht gelassener Gesichtspunkt.
- 3) Ihr Ersatz ist häufig vertraglich ausgeschlossen.
- 4) Lent, a.a.O. S. 65.
- 5) Z.B. im Auftragsrecht für erlittene Schäden bei Auftragsausführung - vgl. Erdsiek-Mühl bei Soergel-Siebert, a.a.O. Rdnr. 6 ff. zu § 670; Palandt-Gramm, a.a.O. Anm. 3 b zu § 670; BGH VersR. 1957, 388(390).

Somit ist unter dem Gesichtspunkt der Gefahrtragung festzustellen, daß Geschäftsbesorgung und Kreditauftrag von vornherein auf den Ersatz verschiedenartiger Vermögensopfer ausgerichtet sind ¹⁾.

Erwies sich das mit dem Kreditauftrag bezweckte Kreditgeschäft schon anfänglich nicht als der Idealfall einer Besorgung fremder Geschäfte, so zeigen sich gerade im letztgenannten Punkte erhebliche Abweichungen. Nur dadurch, daß nach überwiegender Ansicht der Begriff der Besorgung fremder Geschäfte sehr weit zu fassen ist ²⁾, läßt sich als Ergebnis vertreten, der Kreditauftrag enthalte eine Geschäftsbesorgung ³⁾.

c) Die übrigen Auftragsmerkmale

Gegenüber der Geschäftsbesorgung ist der Auftrag der engere rechtliche Bereich ⁴⁾. Lassen sich die Rechtssätze des "eigentlichen" Kreditauftrags auch mit den spezielleren Rechtssätzen des Auftrags der §§ 662 ff. BGB in Übereinstimmung bringen?

- 1) Dieser Unterschied ist ein prinzipieller. Er konnte nicht dadurch beseitigt werden, daß man später beim Kreditauftrag die Schadensersatzpflicht des Kreditvermittlers einer Sonderregelung unterwarf.
- 2) Staudinger-Nipperdey, a.a.O. Vorbem. vor § 662, Rdnr. 1; Erdsiek-Mühl bei Soergel-Siebert, a.a.O. Rdnr. 10 zu § 662; Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 160 I 4 S. 682; Larenz, Schuldrecht, § 52 I S. 235.
- 3) Es verwundert deshalb nicht, daß Isele, a.a.O., nirgends auf den Kreditauftrag eingeht, obwohl er an Hand seiner sehr beweglich gestalteten Typenordnung zahlreiche Beispielfälle fraglicher Geschäftsbesorgungen erörtert.
- 4) Isay, a.a.O. S. 19 f. u. 40 f.; Dniestrzanski, a.a.O. S. 61; Lent, a.a.O. S. 1; Esser, a.a.O. § 139, 1 S. 615; Larenz, Schuldrecht, § 52 I S. 234 f.

Zur Beantwortung dieser Frage seien im folgenden nur die wichtigsten Bestimmungen des Auftragsrechts zum Vergleich herangezogen. Unter ihnen wiederum seien nur diejenigen ausführlicher betrachtet, die geeignet sind, die Auftragsnatur des Kreditauftrags in Zweifel zu ziehen.

Durch die Auftragsannahme verpflichtet sich der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags (§ 662 BGB). Diese Regelung stimmt mit der des Kreditauftrags überein¹⁾. Beide Rechtsinstitute kennen außerdem die Dilligenzpflicht des Geschäftsbesorgers und das Widerrufsrecht des Geschäftsherrn (vgl. §§ 665 f., 671 BGB für das Auftragsrecht).

Gleich dem Geschäftsbesorger soll der Beauftragte keine eigenen Vermögensopfer bringen. Deshalb kann er gemäß § 670 BGB Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Daß diese Regelung auf den Kreditauftrag nur zum Teil paßt, wurde bereits bei dem Vergleich mit der Geschäftsbesorgung dargelegt²⁾.

Der Beauftragte ist gemäß § 667 BGB verpflichtet, das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte dem Auftraggeber herauszugeben. Soll er nämlich einerseits keine Vermögensopfer bringen, so darf er andererseits die dem fremden Interesse gebührenden Vorteile nicht behalten. Bei der gleichzeitigen Besorgung eigenen und fremden Geschäfts kann das, wie im Falle der Einziehung einer zur Sicherung abgetretenen Forderung, zur Aufteilung des Erlangten führen.

Der Kreditauftrag enthält ein solches Interesse des Auffordernden. Dieses ist aber nur auf ordnungsgemäße Kreditgewährung gerichtet. Darüber hinausgehende Vorteile nimmt der Kreditvermittler nicht für sich in

1) Vgl. oben S. 10 f. u. 27.

2) S. 38 f.

Anspruch. Das ist einer der Gründe, weshalb er den Kreditgeber den Kredit auf eigene Rechnung gewähren läßt. Es würde infolgedessen Sinn und Zweck des Kreditauftrags zuwiderlaufen, sollte der Kreditvermittler Abtretung der aus der Kreditgewährung entstandenen Forderung verlangen können¹⁾. Auch auf die eventuellen Zinsen aus dem Kreditgeschäft erhebt der Kreditvermittler keinen Anspruch. Sie sind übrigens in der Regel das allein Erlangte, wenn man dieses erst nach Erledigung des Kreditauftrags feststellt²⁾.

Sodann ist der Beauftragte berechtigt, von dem Auftraggeber Vorschuß zum Zwecke der Auftragsausführung zu verlangen (§ 669 BGB). Denn nach dem Willen des Gesetzes soll er die erforderlichen Aufwendungen nicht aus eigener Tasche bestreiten müssen.

Der Zweck des Kreditauftrags dagegen ist die Gewährung des Kredits aus den Mitteln des Kreditgebers. Sie stellt als solche zwar keine Aufwendung dar, wohl aber eine Vorleistung. Der Kreditvermittler haftet indes nur für den Ausfall. Will er doch durch seinen eigenen Kredit dem Dritten Kredit verschaffen, da er selbst gerade keine Barmittel flüssig hat oder hergeben will. Es wäre deshalb mit dem Zweck des Kreditauftrags unvereinbar, müßte der Kreditvermittler Vorschuß leisten³⁾.

-
- 1) Weidemann, a.a.O. S. 465 ff.; Bendix, Der Kreditauftrag nach dem BGB, ArchBR 20, 155 (163); Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 196, 4 b S. 806; Leonhard, a.a.O. § 164 S. 329.
 - 2) Obwohl die vollständige Durchführung des Kreditgeschäfts als Inhalt des Kreditauftrags angesehen wird (vgl. unten S. 62), wird auf diesen Gesichtspunkt im vorliegenden Zusammenhang nirgends eingegangen.
 - 3) H.M., vgl. Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 7 zu § 778 mit weiteren Nachweisen.

Die soeben aufgezeigten Unterschiede zwischen Kreditauftrag und Auftrag lassen sich nicht, wie das zumeist geschieht¹⁾, mit dem Hinweis darauf verdecken, die in den §§ 667, 669, 670 BGB enthaltenen Rechtsprinzipien seien nachgiebiger Natur. Als dem Kreditauftrag widersprechend seien sie deshalb von selbst, oder doch durch Vereinbarung ausgeschlossen. Dann nämlich müßten sich die Dispositivvorschriften beim Kreditauftrag in zwingende Vorschriften mit gegenteiligem Inhalt verwandeln²⁾.

Die Unterschiede sind auch keineswegs unerheblich. Denn sie alle betreffen die Regelung der Vermögensverhältnisse zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsbesorger. Sie haben eine voneinander abweichende Verteilung des Gewinns und Verlusts aus der Geschäftsbesorgung zur Folge.

Konsequenterweise werden deshalb allgemein die Vorschriften der §§ 667, 669, 670 BGB auf den Kreditauftrag für unanwendbar erklärt. Für § 670 BGB ist dieser Ausschluß allerdings nicht ganz zutreffend. Für einen Teil der Ersatzansprüche des Kreditgebers kann er, wie oben dargelegt, durchaus Rechtsgrundlage sein.

Es bleibt somit festzustellen, daß die Rechtssätze des "eigentlichen" Kreditauftrags mit denen des Auftrags auf einem entscheidenden Gebiet nicht übereinstimmen. Für die Vermittlung des Kredits ist deshalb der Auftrag nicht die geeignete Form.

Auch das Reichsgericht³⁾ räumte ein, daß der Kreditauftrag des § 778 BGB nicht in allen Stücken der sich aus den §§ 662 ff. BGB ergebenden Defini-

1) Weidemann, a.a.O. S. 463; Rinck, a.a.O. S. 38; Oertmann, a.a.O. Anm. 2 a zu § 778; Düringer-Hachenburg-Werner, HGB, 3. Aufl., 1932, Anm. 39 zu § 349.

2) Lippmann, a.a.O. S. 393 f.

3) RGZ 56, 130(134).

tion des Auftragsgeschäfts entspreche; es glaubte aber nicht anerkennen zu können, daß er außerhalb des Rahmens dieses Rechtsgeschäfts falle.

3. Ergebnis

Die Römer hatten sich infolge ihres strengen Aktionensystems genötigt gesehen, für die rechtliche Ausgestaltung des Kreditauftrags die Form des Mandats zu Hilfe zu nehmen. Das moderne Schuldrecht aber hat mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit jene Fesseln abgestreift. Der Kreditauftrag konnte somit zwanglos den seiner Rechtsnatur entsprechenden Regeln unterstellt werden.

Dies ist in § 778 BGB - zumindest hinsichtlich der Kreditvermittlungsfunktion - nicht geschehen. Die vorangegangenen Untersuchungen haben ergeben, daß die Kreditvermittlung als Auftrag i.S. der §§ 662 ff. BGB geregelt ist.

Ein kritischer Vergleich dieser Regelung mit den Rechtssätzen des dem Gesetzgeber vorgegebenen Kreditauftrags zeigte jedoch folgendes: Die von dem Kreditvermittler veranlaßte Kreditgewährung kann nur mit Bedenken als Besorgung eines fremden Geschäfts erachtet werden. Gegenstand eines Auftrags aber sollte sie nicht sein dürfen. Denn durch die Kreditgewährung auf Rechnung des Aufgeforderten wird der wichtige, die Vermögensverhältnisse der Beteiligten regelnde Teil des Auftragsrechts unanwendbar.

Wenn der Kreditauftrag in § 778 BGB dennoch dem Auftragsrecht unterstellt ist, so wirkt sich das als eine sehr bedenkliche Erweiterung des Begriffs Auftrags aus. Denn nunmehr ist die Geschäftsbesorgung auf eigene Rechnung als möglicher Gegenstand eines Auftrags anerkannt.

III. Die Sicherungsfunktion

1. Regelung der Sicherungsfunktion in § 778 BGB

Der zweite Halbsatz des § 778 BGB bestimmt, daß der Kreditvermittler unter den Voraussetzungen des ersten Halbsatzes dem Kreditgeber "für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge haftet".

Diese Formulierung bringt mit hinreichender Klarheit zum Ausdruck, daß sich die Haftung des Kreditvermittlers nach den Vorschriften über die Bürgschaft bestimmt. Da von einer Haftung "als Bürge" die Rede ist, finden diese Vorschriften direkte und nicht etwa nur entsprechende Anwendung.¹⁾ Der zeitliche Beginn der Haftung nach Bürgschaftsrecht ist durch die Kreditgewährung fixiert, da den Gegenstand der Haftung "die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten" bildet.

Aus dieser Formulierung ergibt sich gleichzeitig, daß eine Haftung nach Bürgschaftsrecht entfällt, wenn die Kreditverbindlichkeit nicht entsteht. Der Wortlaut des § 778 BGB besagt weiterhin, daß sich die Anwendung der Vorschriften über die Bürgschaft auf die Haftung des Kreditvermittlers beschränkt²⁾.

1) Vergleichsweise sei auf die Regelung im Schweiz. Oblig. Recht hingewiesen (s. oben S. 6 f.), wo von der Formulierung "wie ein Bürge" auf eine entsprechende Anwendung des Bürgschaftsrechts geschlossen wird. - Vgl. Müller, a.a.O. S. 93 f. u. 123; Becker, a.a.O. Rdnr. 7 zu Art. 408 OR; Oser-Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., 2. Teil, 2. Aufl. 1936, Rdnr. 8 zu Art. 408 OR.

2) Weidemann, a.a.O. S. 460; Siller, a.a.O. S. 25 u. 29 f.; Rinck, a.a.O. S. 47; Bendix, a.a.O. S. 163; Oertmann, a.a.O. Anm. 2 b zu § 778; Düringer-Hachenb.-Werner, a.a.O. Anm. 39 zu § 349.

Die für die Anwendung des Bürgschaftsrechts erkannten Einschränkungen haben zur Folge, daß nach der Kreditgewährung keine Umwandlung des Kreditauftrags in eine Bürgschaft stattfindet¹⁾. Die Rechte des Kreditvermittlers und die ihnen entsprechenden Pflichten des Kreditgebers bestimmen sich weiterhin nach Auftragsrecht. Insbesondere bleibt die Diligenzpflicht des Kreditgebers bestehen²⁾. Das ist zur Wahrung der Interessen des Kreditvermittlers gerade jetzt wichtig, denn infolge der nunmehr bestehenden Bürgenhaftung ist sein Widerrufsrecht sinnlos geworden³⁾. Die Verletzung der Diligenzpflicht in diesem Stadium hat allerdings bei einmaliger Kreditgewährung nur noch eine haftungsbeschränkende Einrede des Kreditvermittlers zur Folge. Auf diese Weise findet eine Ergänzung der Bürgenhaftung statt.

Die Sicherungsfunktion des Kreditauftrags ist also in § 778 BGB dahingehend geregelt, daß der Kreditvermittler dem Kreditgeber als Bürge für die Kreditverbindlichkeit des Dritten haftet. Die Vorschriften des Bürgschaftsrechts treten aber nicht an die Stelle des Auftragsrechts, sondern neben dieses. Dadurch liegt entgegen der Meinung des Gesetzgebers⁴⁾ nicht neben

- 1) So aber: Förster, a.a.O. S. 183; Müller, a.a.O. S. 122; Lippmann, a.a.O. S. 357; OLG Naumburg OLG-Rspr. 17, 144; und offenbar RGZ 50, 160; weitere Nachweise bei Rinck, a.a.O. S. 45 f.
- 2) H.L., vgl. Rinck, a.a.O. S. 46 und RGRKomm. z. BGB, a.a.O. Anm. 7 zu § 778; a.A.: Förster, a.a.O. S. 207 und offenbar Zeiss, a.a.O. S. 909. Auch das Reichsgericht stützt sich in RG WarnR 1930 Nr. 136 nicht auf Auftragsrecht, sondern auf besonders gestaltete Rechtsbeziehungen des Einzelfalles, ohne dabei auf die h.L. einzugehen.
- 3) Es wird deshalb für die Zeit nach der Kreditgewährung allgemein für ausgeschlossen erachtet.
- 4) Motive Bd. II S. 684.

dem Bürgschaftsvertrag noch ein besonderer Vertrag vor, der seine eigenen Wege geht. Vielmehr bleibt ein einheitlicher Vertrag bestehen, wenn auch mit einer doppelten rechtlichen Qualifikation¹⁾.

2. Kritik an dieser Regelung

Die Kritik an der soeben dargelegten Regelung der Sicherung des Kreditgebers in § 778 BGB soll zeigen, ob eine andere gesetzliche Regelung sachgerechter gewesen wäre. Zum Vergleich sei wiederum der Kreditauftrag des römischen Rechts als der dem Gesetzgeber vorgegebene "eigentliche" Kreditauftrag herangezogen²⁾.

In dem historischen Teil wurde ausgeführt, daß der Kreditvermittler für den dem Kreditgeber bei dem Kreditgeschäft entstandenen Ausfall haftete³⁾. Dabei ging es allein um Schadensersatz⁴⁾. Die Schuld des Kreditvermittlers war keineswegs mit der des Kreditnehmers identisch. Vielmehr war ihre Entstehung gerade unabhängig davon, ob die Kreditgewährung durch rechtsgültiges Geschäft erfolgte. Die Beeinflussung der Haftung des Kreditvermittlers durch die Bürgschaft ist eine spätere Erscheinung. Sie ist darauf zurückzuführen, daß das richtige Verständnis des Kreditauftrags verlorengegangen war⁵⁾.

1) Rothenberg, a.a.O. S. 333 f. mit ähnlichen Beispielen; Jaeckel, a.a.O. S. 27 f.

2) Vgl. oben S. 29 f.

3) Zur Regelung des Kreditauftrags im römischen Recht vgl. oben S. 11 f.

4) Vgl. Paul. Dig. 17, 1, 59, 5: "... indemnem rationem tuam me ex causa mandati praestaturum...".

5) Vgl. oben S. 13 f.

Art und Umfang der Haftung des Bürgen sind durch das Prinzip der Akzessorietät bestimmt. Dieses beruht auf der Identität der Schuld des Bürgen mit der des Dritten. Der Bürge haftet für die Leistungsfähigkeit des Dritten. Insofern ist die Bürgschaft nur ein besonderer Vertrag hinsichtlich der Person, nicht des Inhalts.

Beim Kreditauftrag des römischen Rechts dagegen steht der Kreditvermittler dem Kreditgeber für dessen eigenes Handeln ein, indem er verspricht, ihn schadlos zu halten. Damit begründet er eine Schuld, die gegenüber der des Kreditnehmers selbständig ist.

Der Umstand, daß die die Bürgenschuld kennzeichnende Akzessorietät zur Hauptverbindlichkeit beim Kreditauftrag fehlt, wirkt sich wie folgt unterscheidend aus:

Die Bürgenschuld ist bereits im Entstehen von der Hauptverbindlichkeit abhängig. Sie setzt eine rechtsgültige vertragliche Verpflichtung des Dritten voraus¹⁾.

Bei jenem Kreditauftrag erstreckt sich das generelle Schadloshaltungsversprechen auch auf Vermögensminderungen des Kreditgebers, die dadurch entstehen, daß er vergeblich vorbereitende Aufwendungen erbringt oder dem Dritten Kreditmittel ohne rechtsgültiges Verpflichtungsgeschäft zur Verfügung stellt²⁾.

- 1) In Einzelfällen kann sie sich auf die an die Stelle der Hauptverbindlichkeit getretene Bereicherungsschuld beziehen (Erdsiek-Mühl bei Soergel-Siebert, a.a.O. Rdnr. 4 zu § 767 mit Rspr.-Nachweisen; a.A.: Förster, a.a.O. S. 184).
- 2) Förster, a.a.O. S. 198 ff.; Tennenbaum, a.a.O. S. 55 f.
Dies gilt zumindest dann, wenn die für den Mangel der Kreditverbindlichkeit des Dritten ursächlichen Gründe nicht in der Person des Kreditgebers liegen. (Näheres s. unten S. 82).

Sodann ist die Bürgenschuld von dem Fortbestand der Hauptverbindlichkeit abhängig (§ 767 BGB). Hieraus folgt unter anderem, daß dem Bürgen dieselben Einreden zustehen wie dem Drittschuldner (§ 768 BGB).

Der Kreditvermittler beim Kreditauftrag des römischen Rechts hat bestenfalls die gleichen Einreden wie der Kreditnehmer¹⁾. Hier nämlich sind sie zumeist auf ein Verhalten des Kreditgebers zurückzuführen, das eine Verletzung der ihm gegenüber dem Kreditvermittler obliegenden Sorgfaltspflicht darstellt. Letzterer leitet also die entsprechenden Einreden aus seinem eigenen Vertrag her.

Der Bürgschaft ist eine Diligenzpflicht des Gläubigers fremd. Das ausschließlich auf dessen Interesse ausgerichtete Rechtsinstitut würde für ihn durch sie qualitativ verändert, und zwar entwertet werden. Überdies würde die Diligenzpflicht, Ausfluß eines von der Hauptverbindlichkeit unabhängigen Vertrags, den Grundsatz der materiellen Identität beider Verbindlichkeiten gewaltsam verzerren²⁾.

Demgegenüber ist für jenen Kreditauftrag die Diligenzpflicht des Kreditgebers von Bedeutung. Sie trägt dazu bei, den Zweck der Kreditvermittlung zu verwirklichen. Doch ist sie kein typisches Merkmal des Kreditauftrags, sondern hat als Ausdruck der römisch-rechtlichen bona fides für alle zweiseitigen Verträge gegolten.

Für den Bürgen ist eine subsidiäre Haftung, wie sie das Gesetz als Regel vorsieht (§§. 771 ff. BGB), lediglich als Rechtswohltat zu bezeichnen³⁾. Denn

1) Müller, a.a.O. S. 40.

2) Förster, a.a.O. S. 110 u. 150.

3) Protokolle, Bd. II S. 469; Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 1 zu § 771.

seine Haftung bezieht sich auf dieselbe Schuld wie die des Hauptschuldners.

Beim Kreditauftrag des römischen Rechts ergibt sich die subsidiäre Haftung des Kreditvermittlers aus dem Begriff des Schadens. Denn dem Kreditgeber ist ein Schaden, den er auch der Höhe nach beziffern und belegen kann, regelmäßig erst entstanden, wenn er zuvor den Kreditnehmer ausgeklagt hat¹⁾.

Den Römern war diese Rechtfertigung der subsidiären Haftung allerdings verwehrt. Denn nach der für den Kreditauftrag geltenden Mandatskonstruktion fielen die von dem Kreditvermittler zu ersetzenden Schäden aus der Auftragsausführung unter den weiteren Begriff der Aufwendungen. Diese aber wurden mit der Hauptschuld fällig²⁾. Doch schon die Römer werteten diese Rechtsfolge als Mangel, denn sie pflegten die subsidiäre Haftung vertraglich zu vereinbaren und legalisierten sie später als beneficium³⁾.

Bei der Beendigung des Bürgschaftsverhältnisses mußte sich das Akzessorietätsprinzip strenggenommen dahingehend auswirken, daß von der Hauptverbindlichkeit und der Bürgenschuld nicht die eine erlöschen und die andere fortbestehen kann. Für den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, vermeidet das Gesetz eine solche Rechtsfolge durch den in § 774 BGB vorgesehenen Forderungsübergang. Dieser beruht im Grunde auf einer Fiktion⁴⁾.

Tilgt bei jenem Kreditauftrag der Kreditnehmer seine Schuld, so kommt eine Forderung des Kreditgebers ge-

1) Förster, a.a.O. S. 125 f.; Müller, a.a.O. S. 60.

2) Pap. Dig. 17, 1, 56 pr.

3) Vgl. oben S. 14 Fußn. 1.

4) Motive, Bd. II S. 674; Siller, a.a.O. S. 35 f.; Förster, a.a.O. S. 114.

gen den Kreditvermittler gar nicht zustande, sofern keine zu ersetzenden Aufwendungen angefallen sind. Andererseits vermag die Zahlung des Kreditvermittlers die Schuld des Kreditnehmers nicht zu tilgen. Ein For-derungsübergang auf den Kreditvermittler ist in diesem Falle ohne Schwierigkeiten zu erklären.

Diese Unterschiede zwischen der Haftung des Bürgen und der des Kreditvermittlers beim Kreditauftrag des römischen Rechts lassen erkennen, daß die Regelung des § 778 BGB erhebliche Eingriffe in die dem Kreditauftrag ursprünglich eigene Rechtsnatur enthält. Der Kreditvermittler haftet nunmehr für eine fremde Schuld, obwohl er formell und materiell eine eigene begründet hat. Die Akzessorietät seiner Haftung ist mit seinen Interessen insofern zu vereinbaren, als sie regelmäßig eine Abschwächung seiner Haftung bedeutet¹⁾. Denn er erhält die auf die Haftung bezogenen Einreden des Kreditnehmers, ohne die aus der Verletzung der Diligenzpflicht zu verlieren. Benachteiligt ist er aber dadurch, daß er sich mit einer Subsidiarität seiner Haftung begnügen muß, die einerseits unvollständig (§§ 771 f. BGB, § 349 HGB), andererseits verzichtbar ist (§ 773 Nr. 1 BGB). Ein besonderer Mangel der Haftungsregelung in § 778 BGB ist schließlich, daß sie die Rechtsfindung in den Fällen erschwert, in denen eine Kreditverbindlichkeit des Dritten trotz Hingabe von Vermögenswerten nicht entstanden ist.

Wäre unter diesen Umständen nicht eine Haftung des Kreditvermittlers "als Garant", oder "wie ein Garant", zweckmäßiger? Denn bei einem Garantievertrag gewährleistet der Garant dem Gläubiger, daß ihm aus einem bestimmten Unternehmen oder einzelнем Rechtsverhältnis kein Nachteil erwachsen werde. Wie beim "eigent-

1) Kreß, Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, 1934, § 28, 3 A c S. 217; a.A. wohl Oertmann, a.a.O. Anm. 2 a zu § 778.

lichen" Kreditauftrag handelt es sich dabei um das Versprechen, einen möglicherweise entstehenden Schaden aus dem Rechtsgeschäft mit einem Dritten zu ersetzen. Dieses Versprechen begründet ebenfalls eine auch ihrem Inhalte nach eigene, von der des Dritten unabhängige Sicherungsschuld¹⁾. Für die Haftung des Kreditvermittlers beim Kreditauftrag und für die eines Garanten ergäben sich die gleichen Rechtssätze. Folglich wäre die Garantenhaftung der Bürgenhaftung vorzuziehen. Eine solche Lösung aber war dem BGB verwehrt, nachdem in ihm der Garantievertrag absichtlich ungeregelt blieb²⁾.

3. Ergebnis

Nach der Regelung des § 778 BGB soll der Kreditgeber vor möglichem Ausfall infolge der Kreditgewährung dadurch gesichert werden, daß ihm der Kreditvermittler für die Kreditverbindlichkeit des Dritten als Bürge haftet. Daneben gelten die Vorschriften des Auftragsrechts weiter, was die Sicherungsfunktion des Kreditauftrags nicht gefährdet.

Die kritische Betrachtung dieser Regelung hat ergeben, daß die Haftung des Kreditvermittlers nach § 778 BGB rechtlich anders gestaltet ist, als es bei dem vergleichsweise herangezogenen Kreditauftrag des römischen Rechts der Fall war. Die zahlreichen aufgezeigten Unterschiede beruhen darauf, daß an die Stelle der selbständigen Haftung auf Schadensersatz die

1) Zu Vorstehendem s. RGZ 146, 120(123 f.); BGH LM Nr. 1 zu § 765 mit weiteren Nachweisen; Stammler, a.a.O. S. 1 ff.; Esser, a.a.O. § 94, 3 S. 431 f.; Erdsiek-Mühl bei Soergel-Siebert, a.a.O. Vorbem. vor § 765 Rdnr. 7; Palandt-Gramm, a.a.O. Einf. 3 c vor § 765.

2) Motive, Bd. II S. 658.

akzessorische Haftung als Bürge getreten ist. Diese Änderung ist aus der historischen Entwicklung des Kreditauftrags zu erklären¹⁾. Sie ist auch vertretbar²⁾, wenn man sie von ihren wirtschaftlichen Auswirkungen her beurteilt. Denn die Sicherungsfunktion ist gewährleistet, und die Kreditvermittlungsfunktion wird nur geringfügig beeinträchtigt.

1) Vgl. oben S. 13-16.

2) Förster, a.a.O. S. 197, bezeichnet sie als einen fundamentalen Irrtum; Müller, a.a.O. S. 93, hält sie für dogmatisch falsch; als richtig erachtet sie dagegen Tennenbaum, a.a.O. S. 81.

3. Teil

Die Darstellung der in § 778 BGB getroffenen Regelung des Kreditauftrags im einzelnen

Zur Verdeutlichung der im folgenden zu erörternden Probleme sei ein weiterer praktischer Fall¹⁾ als Beispiel eines Kreditauftrags vorangestellt:

Der wohl situierte Spenglermeister Vogel (=Kreditvermittler) hat auf seinem laufenden Konto bei der Gewerbebank (=Kreditgeber) seit mehreren Jahren durchweg ein Guthaben von mindestens 10.000 DM. Eines Tages bittet er die Bank telefonisch, seinem Geschäftsfreund Neumann (=Kreditnehmer), der mit ihr nicht in Verbindung steht, noch an demselben Tage kurzfristig 2.000 DM zur Verfügung zu stellen, ohne dessen Verhältnisse eingehend zu prüfen. Die Angelegenheit sei dringend. Er, Vogel, übernehme auch die Bürgschaft, weil er sich unbedingt auf die Bereitstellung des Geldes verlassen müsse. Die Gewerbebank sagt wunschgemäße Ausführung zu und behält sich gleichzeitig vor, Vogel in den nächsten Tagen noch "guter Ordnung halber" das bei ihr gebräuchliche Bürgschaftsformular zuzuschicken.

Nachdem die Gewerbebank an Neumann das Geld ausgezahlt hat, aber noch bevor sie die schriftliche Bürgschaftserklärung von Vogel erhalten hat, fällt Neumann in Konkurs. Obwohl Vogel meint, sich als Minderkaufmann ohne schriftliche Erklärung nicht verpflichtet zu haben, haftet er aus Kreditauftrag als Bürge.

I. Der Vertragsschluß

1. Vertragsangebot und Vertragsannahme

Da sich der Kreditauftrag des § 778 BGB bis zur Kreditgewährung als Auftrag darstellt, richtet sich sein Zustandekommen nach Auftragsrecht.

1) Nach Barchewitz, Das Bankrecht, 2. Aufl. 1957, S. 129 f.

Folglich finden gleichzeitig die allgemeinen Vorschriften über den Vertragsschluß Anwendung. Denn der Auftrag ist ein Vertrag, obwohl das Gesetz den Begriff mitunter für das Vertragsangebot allein verwendet¹⁾. Man spräche also besser von einem Auftragsvertrag²⁾. Dieser ist ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag³⁾. Gleiches gilt für den Kreditauftrag⁴⁾. Denn der Kreditgeber schuldet, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit zu gewähren. Diese Leistung steht nicht im Austauschverhältnis mit der eventuellen Schadensersatzleistung des Kreditvermittlers. Die vertragliche Bindung des Kreditgebers⁵⁾ entsteht regelmäßig nur gegenüber dem Kreditvermittler. Der den Kredit suchende Dritte erlangt somit, vom Fall des § 328 BGB abgesehen, kein Recht auf Kreditgewährung, selbst wenn ihm der beauftragte Kreditgeber von dem Kreditauftrag Kenntnis gibt⁶⁾.

Das Vertragsangebot muß von dem Kreditvermittler ausgehen. Ob er hierzu von einem der beiden anderen Beteiligten angeregt worden ist, ist unerheblich. Er darf im Gegensatz zu den reinen Sicherungsverträgen seine Tätigkeit nur nicht allein auf eine Zustimmungserklärung beschränken. Vielmehr muß von ihm gerade in dem Vertragsangebot der entscheidende Anstoß zu der Kreditgewährung ausgehen⁷⁾. Außerdem muß in

- 1) Vgl. §§ 662, 663 BGB.
- 2) Leonhard, a.a.O. § 127 S. 245; Larenz, a.a.O. § 52 I S. 236; Staudinger-Nipperdey, a.a.O. Vorbem. vor § 662 Rdnr. 10.
- 3) Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 160 I 1 S. 681; BGHZ 15, 102(105); Staudinger-Nipperdey, a.a.O. Vorbem. vor § 662 Rdnr. 10.
- 4) Weidemann, a.a.O. S. 470; a.A. Müller, a.a.O. S. 86.
- 5) Eine die Kreditgewährung ins Belieben des Kreditgebers stellende Ermächtigung erfüllt den Tatbestand des Kreditauftrags nicht; vgl. oben S. 28.
- 6) OLG Hamburg Recht 1916 Nr. 1101.
- 7) Vgl. hierzu die praktischen Beispiele auf S. 95 f.

dem Vertragsangebot das von dem Kreditgeber abzuschließende Kreditgeschäft näher bezeichnet sein¹⁾.

Die Vertragsannahme kann durch konkludentes Handeln, nämlich durch die Kreditgewährung erfolgen. Denn auf die Abgabe der Annahmeerklärung ihm gegenüber kann der Auftraggeber verzichten (§ 151 BGB)²⁾. Das geschieht häufig bei Eilaufträgen, die kurzfristig anzunehmen sind³⁾. Eine allzu lange Bindung des Kreditvermittlers an das Vertragsangebot ist ohnehin schon nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen (§ 147 BGB)⁴⁾. Sie könnte auch zur Folge haben, daß die Auftragsannahme und damit die Kreditgewährung im Belieben des Aufgeforderten stünden, was beim Kreditauftrag gerade nicht der Fall sein darf⁵⁾. Deshalb liegt auch eine Ablehnung des Angebots vor, wenn der Kreditgeber die Kreditgewährung in Aussicht stellt, seine Verpflichtung aber ausdrücklich ausschließt⁶⁾. Sind die Voraussetzungen des § 663 BGB gegeben, so trifft den aufgeforderten Kreditgeber eine Antwortpflicht. Ihre Verletzung macht ihn schadensersatzpflichtig⁷⁾. Eine Pflicht zur Vertragsannahme besteht -----

- 1) Vgl. dazu unten S. 62 f.
- 2) Ihm wird aber wegen des Eintritts seiner festen vertraglichen Bindung daran gelegen sein, über das Zustandekommen des Kreditgeschäfts mit dem Dritten unterrichtet zu werden. Eine derartige Mitteilung des Kreditgebers gebietet dessen Diligenzpflicht.
- 3) Vgl. die den Entscheidungen RGZ 87, 144(146) und BGH WM 1956, 463 zugrunde liegenden Fälle sowie die Eingangsbeispiele.
- 4) Auch in den Fällen des § 151 BGB (RGZ 83, 104, 106 f.; Staudinger-Coing, Kommentar zum BGB, I. Bd., Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1957, Rdnr. 6 zu § 151).
- 5) Vgl. Fußn. 5 der vorhergehenden Seite.
- 6) Tennenbaum, a.a.O. S. 51; Rinck, a.a.O. S. 34; Düringer-Hachenb.-Werner, a.a.O. Anm. 38 zu § 349.
- 7) Weidemann, a.a.O. S. 462; Rinck, a.a.O. S. 33; Palandt-Gramm, a.a.O. Anm. 1 zu § 663. Nach Art. 395 Schweiz. Oblig.-Recht dagegen gilt das Angebot als angenommen.

nur unter besonderen Umständen¹⁾. Stillschweigen führt zu einem Vertragsschluß nur unter den Voraussetzungen des § 362 HGB.

2. Der Haftungswille des Kreditvermittlers

Ist das Zustandekommen des Kreditauftrags von dem Willen des Kreditvermittlers abhängig, die mit der Kreditgewährung verbundene Gefahr zu übernehmen? Oder ist die Haftung nur eine Gesetzesfolge, deren sich der Kreditvermittler nicht einmal bewußt zu sein braucht? Bedarf es, wenn man den Haftungswillen für erforderlich hält, dessen ausdrücklicher Bekundung? Oder genügt es, wenn er aus den Umständen erkennbar wird? Wie ist es, wenn sich der Kreditvermittler einer Willensäußerung dieser Art gar nicht bewußt ist?

Daß die Haftung des Kreditvermittlers eine von seinem Bewußtsein und seinem Willen unabhängige bloße Rechtsfolge der Auftragserteilung sei, war eine verbreitete Ansicht²⁾.

Ihrzufolge bilde allein der Auftrag die Rechtsgrundlage für die Haftung. Denn auch bei diesem bedürfe es hinsichtlich der Aufwendungen keines besonderen Erstattungswillens. Es sei typisches Merkmal des Auftragsrechts, daß die Auftragsausführung auf Gefahr des Auftraggebers erfolge. Ein Hinweis des Kreditvermittlers auf seine Haftungsbereitschaft sei deshalb überflüssig.

1) Vgl. die Beispiele bei Weidemann, a.a.O. S. 462.

2) Rothenberg, a.a.O. S. 328 u. 344; Weidemann, a.a.O. S. 436 u. 438; Rinck, a.a.O. S. 24 f.; Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 1 zu § 778. Nach RG warnR 1912 Nr. 106 bedeutet eine mit der Aufforderung gleichzeitig erklärte Gefahrenübernahme nur den Hinweis auf eine ohnehin eintretende Rechtsfolge.

Diese Ansicht verkennt, daß es beim Kreditauftrag regelmäßig nicht nur um Aufwendungsersatz geht. Der Kreditvermittler setzt sich in erster Linie Schadensersatzansprüchen aus, die dem Ausmaße nach andere sind als die den Auftraggeber nach § 670 BGB treffenden¹⁾. Hierbei handelt es sich nicht mehr um eine Rechtsfolge untergeordneter Art, denn in ihr kommt die den Kreditauftrag mitbestimmende Sicherungsfunktion²⁾ zum Ausdruck. Auf Rechtsfolgen aber, die Hauptfolgen sind, müssen die ein Rechtsgeschäft begründenden Willenserklärungen bezogen sein³⁾.

Aus diesen Gründen ist mit der überwiegenden Meinung⁴⁾ davon auszugehen, daß für das Zustandekommen eines Kreditauftrags der Haftungswille des Kreditvermittlers erforderlich ist.

Dieser Wille braucht nicht darauf gerichtet zu sein, gerade "als Bürge" zu haften⁵⁾. Nach heute herrschender Meinung⁶⁾ ist es als Voraussetzung für ein Rechtsgeschäft nicht notwendig, daß mit der Willens-

1) Vgl. oben S. 11 u. 38.

2) Vgl. oben S. 23 f.

3) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1960, § 145 II A 1 S. 896 f.; Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, 13. Aufl. 1962, § 34 III 1 c v. S. 246; Staudinger-Coing, a.a.O. Rdnr. 42 ff. zu § 119; RGZ 134, 195(197 f.).

4) Förster, a.a.O. S. 84 u. 182; Lippmann, a.a.O. S. 343 u. 376 f.; Tennenbaum, a.a.O. S. 12; Müller, a.a.O. S. 92; Zeiss, a.a.O. S. 906; Palandt-Gramm, a.a.O. Anm. 1 a zu § 778; Oser-Schönenberger, a.a.O. Rdnr. 11 zu Art. 408 OR; OLG Marienwerder OLG-Rspr. 21, 209; BGH WM 1956, 463(465); BGH WM 1960, 879(880).

5) So aber wohl Tennenbaum, a.a.O. S. 56, und Oertmann, a.a.O. Anm. 2 a zu § 778.

6) Lehmann, a.a.O. § 24 I S. 129; vgl. auch die in Fußn. 3 angeführten Nachweise.

Äußerung klare Vorstellungen von den Rechtsfolgen verbunden sind. Ausreichend ist, daß ein wirtschaftlicher Erfolg auf rechtlich gesichertem Wege erreicht werden soll. Für den Kreditauftrag bedarf es also nur des Willens des Kreditvermittlers, den Kreditgeber von Schaden freizustellen.

In dem vorangestellten Beispielsfall (S. 53) hätte also Vogel bei der Vereinbarung mit der Gewerbebank nicht eine Bürgschaft zu übernehmen brauchen. Auch andere Äußerungen, die seine Bereitschaft, für Neumann einzustehen, hätten erkennen lassen, wären ausreichend gewesen. Daß er gerade die Übernahme einer Bürgschaft erklärte, hinderte andererseits nicht den Abschluß eines Kreditauftrags. Denn die Erklärung der Bürgschaftsübernahme ist nur eine Form, in der Vogels Haftungswille zum Ausdruck kommt.

Der Haftungswille muß nicht ausdrücklich erklärt werden. Nach allgemeinen Grundsätzen genügt es vielmehr, wenn er sich aus den Umständen ergibt und so nach außen erkennbar wird.

Weiterhin ist nicht erforderlich, daß sich der Kreditvermittler der Äußerung seines Haftungswillens in ganzer Klarheit bewußt wird¹⁾, sofern nur die Äußerung ein bewußter Willensakt ist. Denn regelmäßig wird ihm bei einer Aufforderung zur Kreditgewährung das - allerdings unerläßliche - Bewußtsein nicht fehlen, daß ein anderer sein Verhalten als Äußerung eines bestimmten Geschäftswillens deuten könnte²⁾.

Nun kann der durch Auslegung gewonnene äußere Tatbestand einer auf eine Kreditvermittlung zielenden Willensäußerung den Haftungswillen des Kreditvermittlers enthalten, ohne daß letzterer sich der Äußerung des Haftungswillens hinreichend bewußt gewesen ist.

1) So aber wohl Lippmann, a.a.O. S. 377.

2) Vgl. hierzu Lehmann, a.a.O. § 24 IV 1 b S. 134 f. in Verb. mit § 34 III 1 b S. 243 f. und Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 145 II A 4 S. 901 ff.

In diesem Falle ist es im Interesse der Verkehrssicherheit geboten, den Kreditvermittler an dem objektiven Erklärungsinhalt festzuhalten¹⁾. Ihm bleibt dann die Möglichkeit der Anfechtung wegen Irrtums über die rechtliche Bedeutung des Erklärungsverhaltens nach § 119 I BGB, jedoch unter der Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens gemäß § 122 BGB.

So ist in dem einleitend (s. oben S. 2 f.) geschilderten Beispielsfall (Zeitungsdruck) zweifelhaft, ob sich der Vorsitzende der Stützungs-gesellschaft bewußt war, daß sein Herantreten an die Druckerei so auszulegen ist, daß es die Äußerung eines Haftungswillens enthält.

Der Bundesgerichtshof geht offenbar stillschweigend davon aus, daß es auf dieses Bewußtsein nicht ankommt. Als Mangel der Entscheidung ist aber anzusehen, daß zur Frage der Anfechtung jede Stellungnahme fehlt.

Für das Zustandekommen eines Kreditauftrags ist somit die Äußerung des Haftungswillens des Kreditvermittlers notwendig. Sie braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen, sondern kann sich aus den Umständen ergeben. Weicht ihr objektiver Inhalt von den Vorstellungen des Kreditvermittlers ab, so besteht die Möglichkeit der Anfechtung.

3. Die Form des Kreditauftrags

Im Gegensatz zur Bürgschaft bedarf der Kreditauftrag nicht der Schriftform. Das ist seit langem unstrittig.

Dennoch ist dieser Unterschied nicht selbstverständlich. Man könnte erwarten, daß für das Entstehen

1) Ein allgemeiner Grundsatz; vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 205 I S. 1248 f., Staudinger-Coing, a.a.O. Vorbem. vor § 116 Rdnr. 19 b; für den Kreditauftrag vgl. BGH WM 1956, 463(465) und auch Zeiss, a.a.O. S. 906.

eines Rechtsverhältnisses, das die Bürgenhaftung zur Folge hat, nicht geringere Voraussetzungen genügen als bei der Bürgschaft¹⁾. Eine Warnung vor übereilter Bindung, der die Schriftform bei der Bürgschaft dient, wäre auch für den Kreditvermittler nützlich. Denn die Aufforderung: "Kreditieren sie auf meine Gefahr!" kann, wenn sie auf Anstoß von außen erfolgt, ebenso leichtfertig abgegeben werden wie die Zusicherung zu bürgen. In beiden Fällen ist in gleichem Maße die Hoffnung mitbestimmend, daß der Kreditnehmer seinen Verpflichtungen nachkommen werde. Ohne Formvorschrift unterliegen also Bürgschaft und Kreditauftrag ganz ähnlichen wirtschaftlichen Bedenken²⁾. Außerdem sei an die Zweifel darüber erinnert, ob sich der Gesetzgeber des obengenannten Unterschieds bewußt geworden ist³⁾.

Zur Rechtfertigung der Formfreiheit des Kreditauftrags stützt sich die herrschende Meinung demgegenüber auf folgende Überlegungen: Nach dem Wortlaut des § 778 BGB gilt für die Begründung des Vertragsverhältnisses Auftragsrecht. Dieses enthält keine Formvorschrift. Die Bestimmungen des Bürgschaftsrechts aber finden nur auf die Haftung des Kreditvermittlers Anwendung⁴⁾. - Das Formerfordernis kennzeichnet bei der Bürgschaft das Schutzbedürfnis des sich Verpflichtenden, als Außenstehender nicht übereilt in die Schuld einbezogen zu werden. Beim Kreditauftrag dagegen ist doch der Kreditvermittler der eigentlich betreibende Teil; er erst verpflichtet den Kreditgeber zur Kreditgewährung. Da er überdies wegen der Diligenzpflicht des Kreditgebers im Vergleich zum Bürgen die Stärkere

1) Förster, a.a.O. S. 208.

2) Das räumen auch Weidemann, a.a.O. S. 461, und Cosack, a.a.O. § 159 S. 653, ein.

3) Vgl. oben S. 20 f.

4) Mit dieser Argumentation: RGZ 50, 160 ff.

Position innehat, ist er nicht in gleicher Weise schutzbedürftig wie dieser¹⁾.

Diese Argumente sind aus einer objektiven Auslegung des § 778 BGB gewonnen. Sie können durch die subjektive Auslegungsmethode nicht in Frage gestellt werden, da der Wille des Gesetzgebers nicht deutlich genug erkennbar ist.

Mit dem Verzicht auf eine Formvorschrift für den Kreditauftrag hat das Gesetz demnach eine Wertung vollzogen, die durchaus vertretbar ist. An sie ist der Rechtsanwendende gebunden²⁾. Eine Regelungslücke liegt somit nicht vor, so daß für eine analoge Anwendung des § 766 BGB kein Raum ist. Gleiches ist dem Vorschlag Lippmanns entgegenzuhalten. Nach ihm soll § 766 BGB wegen seiner späten Entstehung innerhalb der Gesetzgebungsgeschichte des BGB als eine Art Novelle betrachtet werden, die eine Einzelheit gegenüber dem großen Ganzen regele und in ihrer Anwendung deshalb nicht auf die Bürgschaft zu beschränken sei³⁾.

II. Der Vertragsinhalt

1. Das aufgetragene Geschäft

Mit dem Vertragsschluß verpflichtet sich der Kreditgeber zur Kreditgewährung an einen Dritten. Wie ist dieses aufgetragene Geschäft beschaffen? Welche Obliegenheiten treffen den Kreditgeber? Bestehen Not-

- 1) Rinck, a.a.O. S. 32 f.; Tennenbaum, a.a.O. S. 60; Leonhard, a.a.O. § 164 S. 329; Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 196, 3 S. 805.
- 2) Nach Englisch, a.a.O. S. 160 f., besteht eine solche Bindung im allgemeinen selbst bei Wertungswidersprüchen.
- 3) Lippmann, a.a.O. S. 323.

wendigkeit und Möglichkeit, diese in dem Kreditauftrag näher zu bestimmen?

Da aus der Kreditgewährung eine Verbindlichkeit des Dritten entstehen soll, muß der Kreditgeber mit diesem ein Rechtsgeschäft abschließen. Er ist deshalb auf dessen Mitwirkung angewiesen und kann für den Erfolg seiner Bemühungen nicht garantieren. Im Falle der Mitwirkung des Dritten aber beschränkt sich seine Verpflichtung nicht auf die Abgabe eines Vertragsangebots¹⁾. Denn er soll den Kredit auf eigene Rechnung gewähren. Infolgedessen hat er das Kreditgeschäft nicht nur anzuknüpfen, sondern unter ständiger Beachtung der Interessendes Kreditvermittlers auch durchzuführen und zu vollenden. Inhalt des Kreditauftrags ist somit für den Kreditgeber, rechtlich und wirtschaftlich Partei gegenüber dem Dritten zu sein²⁾.

Daß der Kreditvermittler die Person des Kreditnehmers genau bezeichnet, gehört zum notwendigen Inhalt des Kreditauftrags³⁾. Denn die Aufforderung, einem beliebigen Dritten Kredit zu gewähren, würde nur den unverbindlichen Rat zur Anlegung von Vermögenswerten bedeuten.

Dagegen braucht der zu gewährende Kredit weder der Höhe noch der Dauer nach begrenzt zu sein⁴⁾. Dieser Unterschied zur Bürgschaft ist gerechtfertigt. Denn

1) So aber Weidemann, a.a.O. S. 439, und Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl. 1956, § 50 I S. 370.

2) H.M.; Vgl. Rinck, a.a.O. S. 35 f.; Müller, a.a.O. S. 11 f., 37 u. 59; Oertmann, a.a.O. Anm. 2 a zu § 778.

3) A.A. offenbar Lippmann, a.a.O. S. 362.

4) H.M.; vgl. v. Godin in RGRKomm. z. HGB, a.a.O. Anm. 53 zu § 349; Erdsiek-Mühl bei Soergel-Siebert, a.a.O. Rdnr. 3 zu § 778, sowie die Nachweise in den drei folgenden Fußnoten.

die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs hindert den Kreditgeber für die Zukunft an unbegrenzter Kreditierung auf Gefahr des Kreditvermittlers¹⁾. Außerdem ist der Kreditvermittler durch die dem Kreditgeber obliegende Diligenzpflicht hinreichend geschützt²⁾. Der praktische Grund ist, daß der Kreditvermittler im Zeitpunkt der Auftragserteilung den benötigten Kredit häufig selbst noch nicht genau kennt³⁾.

Im übrigen steht den Parteien die Möglichkeit besonderer vertraglicher Abreden offen, da die Vorschrift des § 778 BGB nachgiebiges Recht enthält. Das gilt vor allem für eine vertragliche Begrenzung der Haftung. Letztere kann beispielsweise davon abhängig gemacht werden, daß die Kreditierung gegen Sicherheiten erfolgt⁴⁾. Sie kann sich auch auf einzelne Vermögensgegenstände des Kreditvermittlers beschränken⁵⁾. Denkbar ist außerdem die Begrenzung der Haftung auf bestimmte Zeit. Da sich der Kreditauftrag auf noch nicht bestehende Verbindlichkeiten richtet, findet § 777 BGB grundsätzlich keine Anwendung. Die Befristung bezieht sich dann im Zweifel auf die innerhalb einer bestimmten Zeit entstehenden Kreditverbindlichkeiten. Nur wenn die Zeitbestimmung die künftige Verpflichtung zur Haftung selbst betrifft, ist § 777 BGB entsprechend anzuwenden⁶⁾.

- 1) RG WarnR 1912 Nr. 106; RGRKomm. z. BGB, a.a.O. Anm. 1 zu § 778; Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 4 zu § 778.
- 2) Becker, a.a.O. Rdnr. 5 zu Art. 408 OR.
- 3) Müller, a.a.O. S. 125.
- 4) Müller, a.a.O. S. 63.
- 5) RG BayZ 1911, 362(363); Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 10 zu § 778.
- 6) Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 10 zu § 778 in Verb. mit Rdnr. 7 zu § 777; OLG Hamburg HRR 1934 Nr. 1199; vgl. auch RGZ 82, 382(384 f.).

2. Begriff und Arten der Kreditgewährung

Was ist eigentlich unter "Kreditgewährung" zu verstehen? Die Beantwortung dieser Frage setzt zunächst eine Klärung des Begriffs Kredit voraus.

Weder das Bürgerliche Gesetzbuch noch die Gesetzesmaterialien enthalten eine Beschreibung dieses Begriffs. Auch in der Rechtswissenschaft fehlt eine klare Herausarbeitung¹⁾. Deshalb ist davon auszugehen, daß hier ein Begriff aus dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens übernommen wurde²⁾. Seine Klärung ist damit weniger ein rechtliches als vielmehr ein wirtschaftswissenschaftliches Problem³⁾, was aber keine Vereinfachung bedeutet⁴⁾.

Im Sprachgebrauch hat der Begriff Kredit verschiedene, unzureichend präzierte Bedeutungen. Davon seien drei Beispiele genannt⁵⁾: 1. Kredit als das Vertrauen, das jemand genießt ("Kredit haben"); 2. Kredit als das übertragene oder verbindlich versprochene Kapital selbst ("ein Kredit in Höhe von ..."); 3. Kredit als der Anspruch auf Kapitalübertragung sowie die sich aus dieser ergebende Verbindlichkeit ("mit Kredit arbeiten").

- 1) Rinck, a.a.O. S. 41 f.; Tennenbaum, a.a.O. S. 57.
- 2) Tennenbaum, a.a.O. S. 57 f.; Müller, a.a.O. S. 95.
- 3) Förster, a.a.O. S. 178 Fußn. 3; Müller, a.a.O. S. 98; Kreß, a.a.O. § 28, 3 A c S. 216.
- 4) Wagner, im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 6. Bd., 1959, Stichwort "Kredit (I)" gelangt nämlich zu zehn verschiedenen Kredittheorien.
- 5) Vgl. Müller, a.a.O. S. 95 f.; Mellerowicz bei Palyi u. Quittner, Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, 2. Aufl. 1958, unter dem Stichwort "Kredit"; Müller-Löffelholz, Banklexikon, 5. Aufl. 1963, unter dem Stichwort "Kredit"; Jonas, Grenzen der Kreditfinanzierung, 1960, S. 35 f.; Schmalenbach-Bauer, Kapital, Kredit und Zins in betriebswirtschaftlicher Beleuchtung, 4. Aufl. 1961, S. 22.

Der erste Versuch einer Begriffsbestimmung ist nicht brauchbar. Denn die Kreditwürdigkeit, die überdies beim Kreditauftrag in der Person des Kreditvermittlers bedeutungsvoller als in der des Dritten ist, bildet nur die Grundlage für die Gewährung eines Kredits. Ist dieser vornehmlich ein Begriff aus der Sphäre der Wirtschaft, so kann ihm das rein rechtlich gefaßte 3. Beispiel eines Bestimmungsversuchs nicht gerecht werden. Aber auch das 2. Beispiel ist keineswegs Ausdruck einer einheitlichen Meinung¹⁾.

Folgende Begriffsbestimmung läßt sich indessen in Anlehnung an die beiden letzten Bestimmungsversuche gewinnen: Kredit ist die Möglichkeit der Nutzung geldwerter Güter gegen Verpflichtung zu späterer Leistung äquivalenter Werte²⁾.

"Einem Dritten Kredit gewähren" heißt dann, ihm eine derartige Nutzungsmöglichkeit verschaffen. Dabei kommt es auf die Übereignung der geldwerten Güter nicht an³⁾. Mit der Verpflichtung zur Gegenleistung ist nicht jede beliebige, mit der Kreditgewährung irgendwie zusammenhängende Verbindlichkeit gemeint, sondern nur die spezifische Kreditverbindlichkeit. Denn wollte man an deren Stelle prinzipiell eine Bereicherungsschuld genügen lassen, so könnte der Wegfall der Bereicherung bei dem Dritten dem nur ak-

1) Vgl. die Nachweise in Fußn. 5 der vorhergehenden Seite.

2) In ähnlichem Sinne: Förster, a.a.O. S. 178; Rinck, a.a.O. S. 42; Müller, a.a.O. S. 95 f.; Dernburg, a.a.O. § 1 II S. 3; Mellerowicz bei Palvi-Quittner, a.a.O. unter dem Stichwort "Kredit"; Falter, Die Praxis des Kreditgeschäfts, 5. Aufl. 1962, S. 29; Sewering, Der Kreditverkehr, 2. Aufl. 1955, S. 9; Obst-Hintner, Geld-, Bank- und Börsenwesen, 35. Aufl. 1963, S. 433.

3) A.A.: Förster, a.a.O. S. 184; Rinck, a.a.O. S. 42.

zessorisch haftenden Kreditvermittler zu unverdientem Vorteil verhelfen¹⁾.

Nach der gegebenen Umschreibung des Begriffs Kredit beschränkt sich die Kreditgewährung keineswegs auf die Hingabe von Geld. Dieser Umstand macht die Arten denkbarer Kreditgewährung fast unübersehbar. Als die wichtigsten Fälle können diejenigen angesehen werden, die in § 19 I des Gesetzes über das Kreditwesen in der Fassung vom 10.7.1961 (BGBl. I S. 881) aufgeführt sind. In etwas allgemeinerer Bezeichnung sind das: Hingabe von Darlehen aller Art; Übernahme von Darlehensforderungen; Akzeptierung und Diskontierung von Wechseln und Schecks; Stundung von Forderungen, insbesondere bei Warengeschäften über die handelsübliche Frist hinaus; Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen; Beteiligung an einem Unternehmen durch Besitz von Aktien, Kuxen oder Geschäftsanteilen. Als weitere Beispiele seien genannt: Abschluß von Kontokorrentverträgen, Übernahme von Akkreditiven, Delcredere des Kommissionärs, sowie allgemein jede Vorleistung geldwerter Güter durch einen Vertragsteil.

Zu den Kreditgeschäften zählt weiterhin der Kreditöffnungsvertrag²⁾. Ihm liegt das verbindliche Versprechen zugrunde, einem Dritten auf dessen Verlangen Kredit zu gewähren. Dabei ist aber die unbedingte Bereitschaft des Versprechenden hierzu vorzusetzen. Nur dann ergibt sich für den Kredit-suchenden die Möglichkeit tatsächlicher Nutzung.

1) Förster, a.a.O. S. 184; Tennenbaum, a.a.O. S. 56; Müller, a.a.O. S. 122; in RG BayZ 1911, 362(363) ist das Problem nur aufgeworfen.

2) Rinck, a.a.O. S. 42 f.; Esser, a.a.O. § 165, 1 S. 680; Planck, a.a.O. Anm. 2 a zu § 778; Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 1 zu § 778; Palandt-Gramm, a.a.O. Anm. 1 c zu § 778; a.A.: Schmalenbach-Bauer, a.a.O. S. 22.

Dagegen sind Miete, Pacht, Leihe und Verpfändung nicht zu den Kreditgeschäften zu rechnen¹⁾. Denn bei diesen Rechtsinstituten wird die Rückgabe der benutzten Sache selbst versprochen, nicht aber die Leistung eines Äquivalents der Sache. Auch Dienstleistungen ohne sofortige Gegenleistung gehören nicht hierher, da bei ihnen nicht geldwerte Güter hingegeben werden²⁾.

Das aufgetragene Kreditgeschäft muß immer ein zukünftiges sein. Dies folgt nicht nur aus den Begriffen des anzuwendenden Auftragsrechts, sondern auch aus dem Zweck des Kreditauftrags. Ein bereits gewährter Kredit kann nicht noch nachträglich vermittelt werden.

Kreditgewährung ist aber in der Form möglich, daß ein bereits bestehender Kredit durch Stundung der Kreditverbindlichkeit verlängert wird³⁾. Hierfür genügt es nicht, nur von der Beitreibung der fälligen Forderung abzusehen⁴⁾. Stundung ist vielmehr ein Vertrag⁵⁾, bei dessen Abschluß der Dritte von der neuen Kreditgewährung Kenntnis erlangen muß. Anderenfalls müßte dieser zu der fälligen Leistung stets bereit sein und könnte die Kreditmittel nicht zu seinem Nutzen verwenden⁶⁾. Dies gilt um so mehr, als lediglich ein Unterlassen

- 1) Rinck, a.a.O. S. 42;
a.A.: Kreß, a.a.O. § 28, 3 A c S. 216; Förster, a.a.O. S. 178 f. Fußn. 3 bezüglich der Leihe.
- 2) A.A.: Becker, a.a.O. Rdnr. 4 zu Art. 408 OR.
- 3) H.M.; vgl. Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 1 zu § 778, Palandt-Gramm, a.a.O. Anm. 1 b zu § 778; a.A.: Förster, a.a.O. S. 179 u. 203; v. Godin in RGRKomm. z. HGB, a.a.O. Anm. 53 zu § 349.
- 4) So aber: Lippmann, a.a.O. S. 387; Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 196 S. 804; Planck, a.a.O. Anm. 2 b zu § 778.
- 5) Zumindest eine Vertragsänderung (Palandt-Danckelmann, a.a.O. Anm. 2 g zu § 271).
- 6) Rinck, a.a.O. S. 43.

nicht Gegenstand eines Kreditauftrags sein kann¹⁾.

Ob der Kreditauftrag noch den nötigen eigenen Inhalt hat, wird dann fraglich, wenn der Kreditgeber dem Dritten gegenüber bereits zur Vorleistung verpflichtet ist und sich nur leistungsunwillig zeigt. Die herrschende Meinung hält auch in diesem Falle einen Kreditauftrag für möglich²⁾. Mit der Verpflichtung zur Vorleistung hat zwar der Aufgeforderte dem Dritten die Kreditierung auf eigene Gefahr schon zugesagt, aber noch nicht ausgeführt. Die Verschaffung der wirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeit steht noch aus. Er ist deshalb nicht gehindert, sich zusätzlich einem an der Leistung interessierten Außenstehenden zu verpflichten und dann auch dessen Geschäft zu besorgen³⁾. Die daraufhin entstehende Verbindlichkeit des Dritten leitet sich allerdings aus dem schon zuvor geschlossenen Vertrag her. Sie ist aber mit jener identisch, die aus der Vorleistung entsteht, zu der sich der Kreditgeber erst auf den Auftrag hin dem Dritten gegenüber verpflichtet hätte. Deshalb bleibt es im Rahmen einer sinnvollen Anwendung des § 778 BGB, in diesem Falle trotz der bestehenden Verpflichtung des Kreditgebers einen Kreditauftrag anzuerkennen. Keinerlei Bedenken bestehen hierzu, wenn der Kreditgeber mit dem Dritten zuvor nur Leistung Zug um Zug vereinbart hatte.

1) Vgl. oben S. 31.

2) Tennenbaum a.a.O. S. 58 f.; Müller, a.a.O. S. 101 f. u. 108; RGZ 87, 144(146 f.); Planck, a.a.O. Anm. 2 a zu § 778; RGRKomm. z. BGB a.a.O. Anm. 1 zu § 778; Staub-Koenige, Staub's Kommentar zum HGB, 3. Bd., 12. u. 13. Aufl., Anm. 58 zu § 349; Erdsiek-Mühl bei Soergel-Siebert, a.a.O. Rdnr. 1 zu § 778; a.A.: OLG Marienwerder, OLG-Rspr. 9, 13(14).

3) Vgl. oben S. 33;
a.A. für das Auftragsrecht: OLG München NJW 1958, 424.

III. Die Durchführung des Kreditauftrags

1. Persönliche Ausführung?

Ob die Ausführung des Kreditauftrags an die Person des beauftragten Kreditgebers gebunden ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt¹⁾. Der Streit erhebt sich bei der Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 664, 673 BGB. Nach diesen Vorschriften ist ein Auftrag im Zweifel unter der persönlichen Verantwortung des Beauftragten auszuführen und endet mit dessen Tod²⁾.

Für das Auftragsrecht trägt diese Regelung dem besonderen Vertrauen Rechnung, das der Auftraggeber der Person des Beauftragten entgegenbringt. Beim Kreditauftrag kommt es dagegen dem Kreditvermittler mehr auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Kreditgebers an³⁾. Das hinter diesem stehende Vermögen ist ausschlaggebend. Auf den Zweck der Kreditvermittlung ist es ohne Einfluß, ob die angegangene wirtschaftliche Macht auf einen Nachfolger übergeht oder eine andere ausreichend starke an deren Stelle tritt. Denn dem Kreditvermittler ist regelmäßig mehr an der Tatsache der Kreditgewährung als an einer bestimmten Person des Kreditgebers gelegen⁴⁾.

Aus diesen Erwägungen folgt, daß die Ausführung des Kreditauftrags im Zweifel nicht an die Person des beauftragten Kreditgebers gebunden ist.

- 1) Vgl. den Überblick bei Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 5 zu § 778.
- 2) Einigkeit besteht darüber, daß der Tod des Auftraggebers im Zweifel auch den Kreditauftrag nicht hinfällig werden läßt (§ 672 BGB).
- 3) Weidemann, a.a.O. S. 465; Lippmann, a.a.O. S. 353; Siller, a.a.O. S. 33; Tennenbaum, a.a.O. S. 77.
- 4) Rinck, a.a.O. S. 39 f.; Lippmann, a.a.O. S. 347.

Bei dieser Rechtslage ist zugunsten des tatsächlichen Kreditgebers davon auszugehen, daß sich die bei Auftragserteilung geäußerte Gefahrenübernahme nicht auf den Fall der Kreditgewährung gerade durch den beauftragten Kreditgeber beschränkt. Bei der Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit ist eine solche stillschweigende Vereinbarung schon bei Vertrags-schluß als möglich anerkannt¹⁾. Sie ist beim Kredit-auftrag im Zweifel anzunehmen. Gegen Unsorgfältigkeiten eines neuen Kreditgebers ist der Kreditvermittler durch §§ 665 f. BGB geschützt.

2. Umfang der Diligenzpflicht

Während der gesamten Dauer des Kreditauftrags trifft den Kreditgeber die Pflicht sorgfältiger Ausführung. Sie ergibt sich allgemein aus der Dogmatik des Kreditauftrags, speziell aber aus dessen Konstruktion im BGB als Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. BGB. Maßgebend sind hiervon die §§ 665 f..

Nach diesen Bestimmungen hat der Kreditgeber die Kreditgewährung grundsätzlich nach den Weisungen des Kreditvermittlers vorzunehmen²⁾. Er muß von ihr einstweilen absehen, wenn er Zweifel an der Kreditwürdig-

- 1) BGHZ 26, 142(148); Pikart, Anmerkung zu der genannten Entscheidung, Sparkasse 1958, 332; Schaarschmidt, a.a.O. RdNr. 1311 S. 534.

Aus diesen Nachweisen ergibt sich gleichzeitig die Notwendigkeit einer solchen Vereinbarung, um zu einer Bürgenschuld zu gelangen. Denn die Abtretung der erst mit der Kreditgewährung künftig entstehenden Forderung im Rahmen des § 401 I BGB scheitert daran, daß die Entstehung in der Person des "Abtretenden" nicht mehr möglich ist.

- 2) Ein Weisungsrecht leugnet Förster, a.a.O. S. 180.

keit oder an der rechtsgeschäftlichen Verpflichtungsfähigkeit des Dritten bekommt^{1) 2)}.

In dem Eingangsbeispiel (S.53) hatte Vogel zwar auf eine eingehende Prüfung der Verhältnisse Neumanns verzichtet. Dennoch hätte die Gewerbebank Bedenken gegen die erbetene Kreditgewährung erheben müssen, wenn sie von dem drohenden Konkurs Neumanns Kenntnis gehabt oder noch vor Auftragsausführung erlangt hätte.

Zur sorgfältigen Kreditgewährung gehört es weiterhin, sich mit ausreichenden Beweismitteln zu versehen³⁾, sowie ausdrücklich erstrebte Sicherheiten zu verschaffen⁴⁾. Der Kreditgeber darf mit der Kreditgewährung verbundene Kosten nicht begleichen, deren Ansatz er als unberechtigt erkennen kann⁵⁾.

Bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Dritten muß der Kreditgeber einen fortlaufenden oder erst versprochenen Kredit sperren, einen bereits gewährten möglicherweise kündigen⁶⁾. Von derartigen Maßnahmen, sowie von allen Veränderungen, die die Interessen des Kreditvermittlers berühren, hat er unverzüglich Mitteilung zu machen⁷⁾.

- 1) Weidemann, a.a.O. S. 472 f.; Leonhard, a.a.O. § 164 S. 329; Planck, a.a.O. Anm. 3 bß zu § 778; v. Godin in RGRKomm. z. HGB, a.a.O. Anm. 56 zu § 349; Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 6 zu § 778.
- 2) Die Unterdrückung begründeter Zweifel schon bei Vertragsschluß kann als culpa in contrahendo Schadensersatzpflichtig machen.
- 3) Weidemann, a.a.O. S. 473; Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 196, 1 S. 805.
- 4) RG JW 1912, 910.
- 5) RG Recht 1915 Nr. 507 der Beilage; Erdsiek-Mühl bei Soergel-Siebert, a.a.O. Rdnr. 2 zu § 778.
- 6) Weidemann, a.a.O. S. 473; Müller, a.a.O. S. 60.
- 7) Müller, a.a.O. S. 128; Planck, a.a.O. Anm. 3 bß zu § 778; Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 6 zu § 778.

Bei der Einziehung der Forderung aus dem Kreditgeschäft¹⁾ hat der Kreditgeber darauf bedacht zu sein, daß nicht durch Nachlässigkeiten seinerseits die Forderung entwertet wird²⁾. Wenn der Kreditvermittler subsidiär haftet, muß der Kreditgeber die Forderung einklagen und die Zwangsvollstreckung betreiben; im Falle des Konkurses hat er die Forderung anzumelden³⁾. Den Kreditvermittler hat er über sein Vorgehen in Kenntnis zu setzen. Bietet die Rechtsverfolgung wenig Aussicht auf Erfolg, so darf er sie nur auf ausdrückliche Weisung des Kreditvermittlers einleiten oder fortsetzen⁴⁾.

Dies alles sind nur Beispiele für die Verpflichtung des Kreditgebers, bei der Auftragsausführung die erkennbaren Interessen des Kreditvermittlers zu berücksichtigen.

Wie jeder Beauftragte haftet der Kreditgeber bereits für leichte Fahrlässigkeit. Doch dürfen die Anforderungen nicht überspannt werden⁵⁾. Bei Verletzung der Diligenzpflicht macht er sich schadensersatzpflichtig. Wenn und soweit der Kredit bereits gewährt ist, ist im Ergebnis meist eine Haftungsbeschränkung oder eine Haftungsbefreiung des Kredit-

- 1) Dazu ist der Kreditgeber durch den Kreditauftrag ebenfalls verpflichtet (vgl. oben S. 59).
- 2) RG WarnR 1930 Nr. 136; Bendix, a.a.O. S. 164.
- 3) Bendix, a.a.O. S. 164; Förster, a.a.O. S. 129; Müller, a.a.O. S. 60.
- 4) Dies gilt insbesondere dann, wenn dem Dritten gegenüber nur eine Bereicherungsforderung besteht. Die Haftung des Kreditvermittlers ist nämlich trotz Nichtentstehens der Kreditverbindlichkeit möglich; vgl. dazu unten S. 80 ff.
- 5) So braucht er nicht etwa ständig über das Vermögen des Kreditnehmers zu wachen. (Tennenbaum a.a.O. S. 78).

vermittlers die Folge. Dadurch wird das Rechtsverhältnis aber nur modifiziert und nicht aufgehoben¹⁾. Denn dem Kreditvermittler stehen grundsätzlich die Rechte aus §§ 275, 280 BGB zu²⁾.

IV. Die Lösbarkeit des Kreditauftrags

1. Widerruf und Kündigung

Das Recht des Auftraggebers auf jederzeitigen Widerruf (§ 671 I BGB) wird beim Kreditauftrag hinfällig, sobald durch die Kreditgewährung eine feste Bindung eingetreten ist. Denn der Widerruf wirkt auch hier nur für die Zukunft.

Das dem beauftragten Kreditgeber zustehende Kündigungsrecht ist gleichfalls nur für den Zeitraum zwischen dem Abschluß des Kreditauftrags und dem des Kreditgeschäfts mit dem Dritten von Bedeutung. Die zur Unzeit ausgesprochene Kündigung macht den Kreditgeber schadensersatzpflichtig, sofern nicht ein wichtiger Grund vorliegt. Als solcher ist insbesondere das Bekanntwerden der Kreditunwürdigkeit des Dritten anzusehen, desgleichen eine erhebliche Vermögensverschlechterung bei dem Dritten oder dem Kreditvermittler³⁾.

- 1) Schmidt bei Soergel-Siebert, a.a.O. Rdnr. 1 zu § 275; Palandt-Danckelmann, a.a.O. Anm. 7 zu § 275; a.A.: Lippmann, a.a.O. S. 398; Förster, a.a.O. S. 122 f.
- 2) Teilweise wird auf die §§ 325 f. BGB verwiesen, ohne auf die Frage der Gegenseitigkeit des Kreditauftrags (vgl. dazu oben S. 54) einzugehen; so: RG JW 1912, 910 in Verb. mit RGZ 57, 392(395); RGRKomm. z. BGB, a.a.O. Anm. 5 zu § 778; v. Godin in RGRKomm. z. HGB, a.a.O. Anm. 56 zu § 349.
- 3) Rinck, a.a.O. S. 40 f.; Crome, a.a.O. § 299 S. 892; Planck, a.a.O. Anm. 3 b6 zu § 778; Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 4 zu § 778.

2. Verzicht auf das Widerrufsrecht?

Wie ist der Fall zu beurteilen, in dem der Kreditvermittler, um den Kreditgeber freier zu stellen, auf sein Widerrufsrecht verzichtet? Kann man dann noch von einem Kreditauftrag sprechen?

In der Literatur ist dieser Fall umstritten. Da sich bei ihm beide Vertragsteile von vornherein binden, ist er dem ersten Anschein nach ein Vertrag sui generis. Er wird aber von dem einen Teil der Lehre als Kreditauftrag¹⁾, vom anderen als Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit²⁾ behandelt.

Die Ansichten über die Verzichtbarkeit des Widerrufsrechts gehen schon beim gewöhnlichen Auftrag auseinander. Die Mehrzahl neigt dazu, sie dann anzuerkennen, wenn das aufgetragene Geschäft auch den Interessen des Beauftragten dient und sich der Auftraggeber nicht mit dem Großteil seines Vermögens der Macht des Beauftragten überantwortet³⁾.

Von diesen Voraussetzungen ausgehend, ist die Möglichkeit des Verzichts auf das Widerrufsrecht beim Kreditauftrag zu bejahen. Denn zum einen ist der

1) Tennenbaum, a.a.O. S. 53 f.; Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 196, 3 S. 805; Leonhard, a.a.O. § 778; Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 4 zu § 778.

2) v. Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Bd. 1917, § 206 X S. 792 Fußn. 123; Oertmann, a.a.O. Anm. 2 a zu § 778; Düringer-Hachenburg-Werner, a.a.O. Anm. 38 zu § 349; Oser-Schönenberger, a.a.O. Rdnr. 7 zu Art. 408 OR; Rothenberg, a.a.O. S. 326, verneint nur das Vorliegen eines Kreditauftrags.

3) Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 163 S. 689; Leonhard, a.a.O. § 131 S. 253; Erdsiek-Mühl bei Soergel-Siebert, a.a.O. Rdnr. 2 zu § 671; Erman-Hauß, Handkommentar zum BGB, 3. Aufl. 1962; Anm. 3 a zu § 671.

Kreditgeber, da er auf eigene Rechnung kreditiert, selbst an dem übernommenen Auftrag interessiert und besorgt weitgehend ein eigenes Geschäft¹⁾. Sodann ist die dem Kreditvermittler drohende Haftung der Höhe nach durch die Schuld des Kreditnehmers begrenzt. Weiterhin tritt das zugunsten der jederzeitigen Lösbarkeit des Auftrags unter anderem herangezogene Moment des persönlichen Vertrauens²⁾ beim Kreditauftrag weniger in Erscheinung³⁾. Außerdem ist das Widerrufsrecht für den Kreditvermittler praktisch ohnehin von geringer Bedeutung, da es der Kreditgeber durch unverzügliche Kreditierung illusorisch machen kann.

Nur wenn ein Kreditauftrag ausnahmsweise eine unbegrenzte Kreditierung vorsieht, würde ein Widerrufsverzicht den Kreditvermittler allzusehr von dem Gutdünken des Kreditgebers abhängig machen. Dann würde der Kreditvermittler die Position, die ihn Herr über das aufgetragene Geschäft sein läßt⁴⁾, völlig einbüßen. In diesem Falle ist folglich ein Widerrufsverzicht als unzulässig anzusehen.

Die Sonderstellung des Kreditauftrags innerhalb des Auftragsrechts ermöglicht somit grundsätzlich den Ausschluß des Widerrufsrechts. Letzteres wird dem Kreditvermittler zur Vermeidung von Härten im Falle eines wichtigen Grundes dennoch zuzubilligen sein⁵⁾.

- 1) Vgl. oben S. 33 ff.
- 2) Esser, a.a.O. § 141, 4 S. 624; Larenz, Schuldrecht, § 52 IV S. 243; Erman-Hauß, a.a.O. Anm. 1 zu § 671.
- 3) Vgl. oben S. 69.
- 4) Vgl. oben S. 33 u. 70 ff.
- 5) Larenz, Schuldrecht, § 52 IV S. 243.

V. Der entgeltliche Kreditauftrag und seine
Besonderheiten

Ist der Abschluß eines Kreditauftrags auch gegen Entgelt möglich? Nach welchen Vorschriften wäre dann ein solcher Vertrag zu beurteilen? Würden sich entscheidende Abweichungen von der Regelung des unentgeltlichen Kreditauftrags ergeben?

Die erste der aufgeworfenen Fragen wird allgemein bejaht¹⁾. Dem ist um so mehr zuzustimmen, als sich der Gesetzgeber verhältnismäßig spät für die Unentgeltlichkeit als Kriterium des Auftrags entschloß²⁾. Dabei unterließ er es, sonstige, einen Auftrag enthaltende Vorschriften auf diese Änderung hin zu überprüfen³⁾. So sind zahlreiche, im Gesetz lediglich als Auftrag bezeichnete Rechtsgeschäfte nachweisbar, die regelmäßig nur gegen Entgelt ausgeführt werden⁴⁾.

Entgeltlichkeit des Kreditauftrags ist noch nicht dadurch gegeben, daß der Kreditgeber von dem Kreditnehmer Zinsen verlangt⁵⁾. Entgeltlich muß vielmehr der Auftrag, nicht das Kreditgeschäft sein.

Die Entgeltlichkeit stellt beim Kreditauftrag keine Ausnahme dar. Sofern dieses Rechtsinstitut über-

1) H.M.; vgl. Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 8 zu § 778 mit weiteren Nachweisen; abweichend Bendix, a.a.O. S. 162 f., der die unmittelbare Anwendbarkeit des § 778 BGB bestreitet.

2) Vgl. oben S. 20.

3) Ausnahme: § 362 HGB.

4) Vgl. die bei Weidemann, a.a.O. S. 451 f., angeführten Beispiele; es handelt sich insbesondere um die Aufträge an Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte.

5) So aber eine früher vertretene Ansicht: Crome, a.a.O. § 299 S. 892; Weidemann, a.a.O. S. 453 Fußn. 11.

haupt eine gewisse Bedeutung erlangt, dann ist das im Handelsverkehr, insbesondere im Bankverkehr der Fall¹⁾. Dort aber ist die Ausführung eines Kreditauftrags gemäß § 354 I HGB regelmäßig mit einer Provisionszahlung durch den Kreditvermittler verbunden.

Die herrschende Meinung sieht die Rechtsgrundlage für den entgeltlichen Kreditauftrag in § 778 BGB in Verbindung mit § 675 BGB. Für die Anwendbarkeit des § 675 BGB fehlt es jedoch zumeist an einer Begründung.

Man geht infolgedessen stillschweigend davon aus, daß in der Kreditgewährung nach § 778 BGB auch eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB zu sehen ist. Das ist nicht selbstverständlich. Denn dieser Begriff wird allgemein enger verstanden als in den §§ 662 ff. BGB. Er setzt eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art voraus, die für einen anderen und in dessen Interesse vorgenommen wird²⁾. Wenn nun in der Kreditgewährung nach § 778 BGB überhaupt eine Geschäftsbesorgung zu erblicken ist, so muß man auch diese Voraussetzungen als erfüllt ansehen³⁾.

Außerdem läßt man es überwiegend dahingestellt sein, ob es ein Dienstvertrag oder Werkvertrag ist, der die entgeltliche Kreditgewährung zum Gegenstand hat. Dabei wird offenbar davon ausgegangen, daß die Übertragung der Besorgung fremder Geschäfte in den Bestimmungen zum Dienst- und Werkvertrag ihre erschöpfende Regelung gefunden habe⁴⁾. Das ist aber nicht zweifelsfrei⁵⁾ und auch nicht bedeutungslos,

1) Vgl. dazu den nachfolgenden 4. Teil.

2) S. die Nachweise aus Literatur und Rspr. bei Lorenz, Schuldrecht, a.a.O. § 52 V S. 244.

3) Im einzelnen vgl. hierzu die Ausführungen oben S. 31 - 39.

4) Protokolle, Bd. II S. 352.

5) Staudinger-Nipperdey, a.a.O. Rdnr. 13 zu § 662.

weil in § 675 BGB nur auf einen Teil des Auftragsrechts verwiesen ist, so daß ergänzend anderes Recht anzuwenden ist. Für die Regelung des entgeltlichen Kreditauftrags entsteht dieses Problem, wenn gerade durch ihn zwischen dem Kreditvermittler und dem Kreditgeber ein Vertragsverhältnis neu begründet wird. Dann nämlich ist zweifelhaft, ob ein Dienstvertrag¹⁾ oder ein Werkvertrag²⁾ anzunehmen ist.

Gegen das Vorliegen eines Dienstvertrags spricht, daß dessen Ausführung regelmäßig durch den Dienstverpflichteten persönlich zu erfolgen hat (§ 613 BGB). Das ist beim Kreditauftrag im Zweifel aber gerade nicht der Fall³⁾. Außerdem ist die Bindung der Vertragsparteien beim Dienstvertrag enger, als es für den Kreditauftrag notwendig erscheint. Es würden nämlich die Kündigungsvorschriften der §§ 621 ff. BGB Anwendung finden, da in § 675 BGB auf § 671 I BGB nicht verwiesen ist⁴⁾.

Erst recht liegt kein Werkvertrag vor, da sich der Kreditgeber nicht zu einem bestimmten Erfolg verpflichtet⁵⁾. Überdies wäre die in § 643 BGB vorgesehene Möglichkeit der vorzeitigen Lösung des Unternehmers von dem Vertrag auf den Kreditauftrag unanwendbar, da es einer Mitwirkung des Kreditvermittlers im Sinne des § 642 BGB an der Kreditgewährung nicht bedarf.

- 1) Dazu neigen: Müller, a.a.O. S. 115, und Kreß, a.a.O. § 28, 3 A c S. 217.
- 2) Dazu neigen: Tennenbaum, a.a.O. S. 80 f., und Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 196, 2 S. 805 Fußn. 4.
- 3) Vgl. oben S. 69.
- 4) Planck, a.a.O. Anm. 3 c zu § 778, und Larenz, Schuldrecht, a.a.O. § 58 III S. 306, wenden trotzdem nur Auftragsrecht an.
- 5) Vgl. oben S. 62.

Dieser Unstimmigkeiten scheint sich die Mehrzahl derer, die sich in der Literatur zu dem Problem der Lösbarkeit des entgeltlichen Kreditauftrags äußern, bewußt zu sein, denn es wird zumeist unvermittelt die analoge Anwendung des § 610 BGB vorgeschlagen¹⁾.

Dieser Lösungsweg ist brauchbar und gerechtfertigt. Ausgangspunkt muß sein, daß durch die Entgeltlichkeit das Interesse des Kreditgebers an dem Bestand des Kreditauftrags gewachsen ist. Eine festere als die in § 671 I BGB vorgesehene, aber auch keine unlösliche Bindung des Kreditvermittlers erscheint geboten. Dem trägt der Gedanke der *clausula rebus sic stantibus* Rechnung, dessen Anwendung die herrschende Meinung unter anderem für alle Kredit- und Garantieverträge im Wege der Einzelanalogie zu § 610 BGB zuläßt²⁾. Solchen Verträgen kommt der Kreditauftrag sehr nahe, da der Kreditvermittler zum einen eine Garantie in Form der Bürgenhaftung übernimmt, zum anderen für seine Person kreditwürdig sein muß.

Nach dem genannten Rechtsgedanken ist beim entgeltlichen Kreditauftrag jeder Vertragsteil nur so lange gebunden, als nicht vor der Kreditgewährung in der Person oder der Vermögenslage des anderen Vertragsteils oder des Dritten Umstände eintreten, die die Kreditgewährung und deren Sicherung als so gefährdet erscheinen lassen, daß bei deren vorheriger Kenntnis der Kreditauftrag nicht zustande gekommen wäre.

- 1) So ausdrücklich: Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 196, 2 S. 805; Leonhard, a.a.O. § 164 S. 328; Esser, a.a.O. § 165, 1 S. 681; Warneyer, a.a.O. Anm. II zu § 778; RGRKomm. z. BGB, a.a.O. Anm. 6 zu § 778.
- 2) Esser, a.a.O. § 86, 4 S. 388; Palandt-Gramm, a.a.O. Anm. 2 zu § 610; RG JW 1938, 2138.

VI. Zur Haftung des Kreditvermittlers

1. Die Haftung als Bürge im allgemeinen

Der Kreditvermittler haftet dem Kreditgeber gemäß § 778 BGB für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge.

Die Auswirkungen dieser rechtspolitisch anfechtbaren Regelung wurden bereits oben skizziert¹⁾. Ihre wichtigste ist, daß die Verpflichtung des Kreditvermittlers ihrem Umfange nach von der des Kreditnehmers abhängig wird. Die von diesem Grundsatz für die Bürgschaft abgeleiteten Rechtsfolgen haben auch für den Kreditauftrag unmittelbare Gültigkeit, sofern nicht eine der nachfolgend erörterten Ausnahmen vorliegt.

Zur Lösung von Einzelfragen kann im übrigen auf die Bürgschaftsregeln und die zu ihnen entwickelte Rechtsprechung verwiesen werden. Außerdem sei an die oben²⁾ dargelegten Möglichkeiten erinnert, die Haftung bei Vertragsschluß zu begrenzen.

2. Haftung trotz Nichtentstehens der Kreditverbindlichkeit?

Wie wäre der Eingangsfall zu beurteilen, wenn Neumann wegen Verschwendung entmündigt war und das Vormundschaftsgericht seine Genehmigung nach Auszahlung der Darlehenssumme versagte? Würde Vogel, sollte er sich nicht auf die Unwirksamkeit des Kreditgeschäfts berufen können, noch "als Bürge" haften? Wäre es von Bedeutung, ob Vogel oder die Gewerbebank von der Entmündigung Kenntnis hatten?

Für die akzessorische Haftung des Kreditvermittlers ist eine rechtsgültige Kreditverbindlichkeit im

1) Vgl. oben S. 47 ff.

2) S. 63.

oben bezeichneten Sinne¹⁾ Voraussetzung. Hieran kann es fehlen, obwohl der Dritte die Vermögenswerte tatsächlich erhalten hat.

Als Grund für das Nichtentstehen einer Kreditverbindlichkeit kommt der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten in Betracht (§§ 134, 138 BGB). Ursächlich kann aber auch ein Umstand in der Person des Dritten sein, insbesondere dessen mangelnde Geschäftsfähigkeit²⁾.

Bei dem Fehlen einer Kreditverbindlichkeit kann das Akzessorietätsprinzip zu groben Unbilligkeiten führen. Denn der als Bürge haftende Kreditvermittler wäre mangels einer Hauptverbindlichkeit von der Haftung freigestellt. Der Kreditgeber aber würde dann das Risiko auch für Umstände tragen, die er nicht oder nicht allein zu vertreten hätte.

Mit dem Ziel, solche Unbilligkeiten zu vermeiden, greift die herrschende Meinung auf das Auftragsverhältnis zurück. Sie befürwortet eine Haftung des Kreditvermittlers nach § 670 BGB³⁾.

Dieser Lösungsversuch ist schon in seinem Ansatz verfehlt. Es wird nämlich übersehen, daß im Falle der Nichtigkeit des Kreditgeschäfts auch der auf dessen Abschluß gerichtete Auftrag gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig ist⁴⁾. Das Auftragsrecht kann somit dem Kre-

1) Vgl. oben S. 65.

2) In diesem Falle verwehren § 1477 Sächs. BGB und Art. 409 Schweiz. Oblig.-Recht (s. oben S. 6) dem Auftraggeber die entsprechende Einrede; ähnlich Förster, a.a.O. S. 199 f., der den Kreditauftrag als Garantievertrag auffaßt.

3) Statt vieler: Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 11 zu § 778 mit weiteren Nachweisen; Rothenberg, a.a.O. S. 342, schlug vor, dies in einem Absatz 2 gesetzlich auszusprechen.

4) Vgl. Palandt-Danckelmann, a.a.O. Anm. 1 zu § 306 und die dortigen Hinweise.

ditgeber nicht als Anspruchsgrundlage dienen¹⁾. Diese Rechtsfolge entfällt nur, wenn die Nichtigkeit des Kreditgeschäfts auf ein unerlaubtes Abweichen von dem erteilten Auftrag zurückzuführen ist. Dann aber hat der Kreditvermittler die Einrede vertragswidriger Auftragsausführung.

Bei der Nichtigkeit des Kreditauftrags auf Grund des § 134 BGB ist die Haftung des Kreditvermittlers über § 309 BGB nach § 307 BGB zu beurteilen²⁾. Deshalb ist, was die herrschende Meinung zumeist unberücksichtigt läßt³⁾, von Bedeutung, wer von den Vertragsparteien die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen mußte. Allgemein ergibt sich aus § 307 I, 1 BGB, daß jeder Vertragsteil dem anderen auf dessen Vertrauensinteresse haftet, wenn er allein das gesetzliche Verbot oder die Geschäftsunfähigkeit des Dritten kannte oder kennen mußte. Ist beiderseits Kenntnis oder Kennenmüssen gegeben, so entfällt jede Ersatzpflicht (§ 307 I, 2 BGB)⁴⁾. Gleiches gilt infolge der Nichtigkeit des Vertrags, wenn sich beide Teile in unverschuldeter Unkenntnis befinden⁵⁾.

Beruhet die Nichtigkeit des Kreditauftrags auf § 138 BGB, dann finden §§ 309, 307 BGB keine Anwendung. Eine Haftung des Kreditvermittlers ist dann aber wegen Verschuldens bei Vertragsschluß anzu-

- 1) Andernfalls würde der Kreditauftrag zu einem bloßen Zahlungsauftrag.
- 2) Ähnlich Lippmann, a.a.O. S. 369 ff., und Förster, a.a.O. S. 131 ff. u. 198 ff., nach denen der Kreditauftrag kein Auftrag ist.
- 3) Ausnahme nur: Crome, a.a.O. § 299 S. 893, und Tennenbaum, a.a.O. Fußn. zu S. 82 f.
- 4) Eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens gemäß § 254 BGB ist im Rahmen des § 307 BGB nach h.M. nicht möglich.
- 5) Lippmann, a.a.O. S. 371; Förster, a.a.O. S. 133; Tennenbaum, a.a.O. S. 56 u. Fußn. zu S. 82 f.

erkennen, wenn ihm allein die Tatsachen, die die Sit-
tenwidrigkeit zur Folge haben, bekannt waren¹⁾.

Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des Dritten
wird die schwebende Unwirksamkeit des Kreditgeschäfts
eine endgültige, wenn der gesetzliche Vertreter bzw.
das Vormundschaftsgericht (im Falle des § 1822 Nr. 8
BGB) die Genehmigung nicht erteilt. Solange aber mit
der Genehmigung gerechnet werden kann, ist die von
dem Kreditgeber auf Grund des Kreditauftrags zu er-
bringende Leistung noch nicht als unmöglich zu erach-
ten²⁾. Sie wird vielmehr erst nachträglich unmöglich³⁾.
Wenn für den Kreditvermittler oder den Kreditgeber ei-
ne solche Entwicklung voraussehbar war und ein Hin-
weis auf sie unterblieb, dann kommt eine Haftung we-
gen Verschuldens bei Vertragsschluß in Betracht. Im
Ergebnis sind grundsätzlich die aus § 307 BGB herge-
leiteten Rechtsfolgen auch in diesem Falle zutref-
fend⁴⁾.

Infolgedessen haftet Vogel, wenn er von der Ent-
mündigung Neumanns insgeheim Kenntnis hatte oder wenn
er sie bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen
Sorgfalt hätte haben müssen, und wenn kein begründe-
ter Anlaß bestand, auf die Erteilung der Genehmigung
zu vertrauen.

- 1) Palandt-Danckelmann, a.a.O. Anm. 1 zu § 309.
- 2) Vgl. OGHZ NJW 1949, 821; Staudinger-Werner, a.a.O.
Rdnr. 4 zu § 275; Palandt-Danckelmann, a.a.O.
Anm. 9a zu § 275 (für die Fälle behördlicher Geneh-
migung).
- 3) Vgl. RGZ 102, 292(294); RGZ 104, 105(108);
Schmidt bei Soergel-Siebert, a.a.O. Rdnr. 5 zu
§ 306; RGRKomm. z. BGB, a.a.O. Anm. 5 zu § 306.
- 4) Allerdings findet hier eine Abwägung des beider-
seitigen Verschuldens nach § 254 BGB statt. Außer-
dem ist der Kreditgeber dem Kreditvermittler nach
§§ 275, 280 BGB schadensersatzpflichtig, wenn die
Genehmigung infolge seines Verschuldens nicht er-
teilt wurde.

Liegen diese Voraussetzungen auch bei der Gewerbebank vor, so ist das beiderseitige Verschulden nach § 254 BGB abzuwägen. Vogel würde haften, wenn er auf dem Abschluß des Kreditgeschäfts einschließlich der sofortigen Bereitstellung der Darlehenssumme beharrt hätte. Einem solchen Verhalten kann nicht ohne weiteres der Verzicht auf eingehende Prüfung der Verhältnisse Neumanns gleichgeachtet werden, denn in erster Linie bezieht sich ein Schadloshaltungsversprechen auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers.

Gegen diese Ergebnisse läßt sich zum Schutze des Kreditgebers einwenden, daß es regelmäßig der Kreditvermittler ist, der den Anstoß zu dem Kreditgeschäft gegeben und eine bestimmte Person als Kreditnehmer bezeichnet hat¹⁾. Es muß aber berücksichtigt werden, daß der Kreditgeber das Kreditgeschäft als Partei und auf eigene Rechnung abschließen soll. Die Gefahrübernahme durch den Kreditvermittler entbindet ihn nicht von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und einer entsprechenden Eigenverantwortlichkeit.

Dennoch ist jeweils zu prüfen, ob das Schadloshaltungsversprechen nur für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Dritten gelten sollte. Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß der erkennbare Haftungswille darüber hinausging. Dann ist mit dem Kreditauftrag trotz dessen andersartiger Konstruktion in § 778 BGB ein echtes Garantieverprechen verbunden, durch das jede Schädigung von dem Kreditgeber abgewendet werden soll, für die dieser im Verhältnis zum Kreditvermittler nicht allein oder überwiegend verantwortlich ist. Ein solches Garantieverprechen könnte trotz der Nichtigkeit des Auftrags nach § 139 BGB Bestand haben.

1) Rinck, a.a.O. S. 45.

3. Das Verhältnis zwischen dem Kreditvermittler und dem Dritten

Kann in dem Eingangsbeispiel Vogel, nachdem er die Gewerbebank gemäß § 773 I Nr. 3 BGB sofort befriedigen mußte, gegen Neumann Regreß nehmen? Ist er dabei allein auf das Innenverhältnis zu Neumann angewiesen? Oder ist auf ihn die Darlehensforderung der Gewerbebank gegen Neumann nach § 774 BGB übergegangen? Daran wäre ihm dann gelegen, wenn (der vollgeschäfts-fähige) Neumann der Gewerbebank zusätzlich eine Münzensammlung im Werte von 1000 DM verpfändet hätte. Denn bei einem gesetzlichen Forderungsübergang wäre gemäß §§ 401, 412 BGB auch dieses Pfandrecht auf ihn übergegangen, was seine Stellung in dem Konkursverfahren verbessern würde.

Wenn der Kreditvermittler dem Kreditgeber auf Grund seiner Verpflichtung aus § 770 BGB für die Kreditverbindlichkeit des Dritten eintreten mußte, wird er versuchen, gegen letzteren Regreß zu nehmen. Welche Rechtsgrundlage besteht hierfür?

Ein geeigneter Anspruch kann sich aus den Rechtsbeziehungen zwischen dem Kreditvermittler und dem Dritten, also aus dem Kausalgeschäft, ergeben. Ohne solche wird der Kreditvermittler gewöhnlich nicht tätig. Zumindest kommt eine Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht, die der Dritte durch die Entgegennahme der Kreditmittel billigt, so daß sich dann ein Regreßanspruch aus §§ 683, 677 BGB ergibt.

Umstritten ist, ob die Forderung des Kreditgebers gegen den Dritten gemäß § 774 BGB auf den Kreditvermittler übergeht. Denn das Bürgschaftsrecht gilt nur für die Haftung des Kreditvermittlers gegenüber dem Kreditgeber¹⁾. Hier aber handelt es sich um Rechte eines Bürgen, die ihm gegenüber dem Dritten entstehen. § 774 BGB ist deshalb auch bei extensiver Auslegung des § 778 BGB nicht direkt anwendbar.

1) Vgl. oben S. 44 und die weiteren Nachweise in deren Fußn. 2.

Das Problem hat praktische Bedeutung. Denn der Anspruch über § 774 BGB kann sich, wie das vorangestellte Beispiel zeigt, häufig dem Umfange nach von dem aus dem Innenverhältnis unterscheiden. Außerdem ist er regelmäßig einfacher zu beweisen und durchzusetzen. Beide Ansprüche laufen auch bei der Bürgschaft parallel.

Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 774 BGB wird nicht durch einen Rückgriff auf das auch nach der Kreditgewährung weitergeltende Auftragsrecht hinfällig. In Betracht kommt ein Anspruch des Kreditvermittlers gegen den Kreditgeber auf Forderungsabtretung nach § 667 BGB im Zeitpunkt der eigenen Leistung¹⁾. Ein automatischer Forderungsübergang und die damit verbundenen Vorteile wären aber auf diese Weise noch nicht erreicht.

Es ist indessen erstrebenswert, die Position des Kreditvermittlers hinsichtlich des Regresses der des Bürgen anzugleichen, zumal das keine Schlechterstellung des Kreditgebers bedingt. Die Haftung des Kreditvermittlers wäre nämlich die schärfere, würde man ihm die Rechte des Bürgen versagen. Nach dem Zweck des Kreditauftrags ist eine solche Schlechterstellung nicht geboten. Die rechtliche Position des Kreditvermittlers ist vielmehr im allgemeinen eine stärkere als die des Bürgen. Da nun aber eine direkte Anwendung des § 774 BGB nicht möglich ist, weist das Gesetz eine Lücke²⁾ auf. Kann diese im Wege analoger Anwendung des § 774 BGB geschlossen werden?

1) Diese Lösung befürwortet Siller, a.a.O. S. 37.

2) Ihr Vorliegen und das Bedürfnis, sie auszufüllen, sind mit Larenz, Methodenlehre, a.a.O. S. 282 f., zu bejahen, weil auf Grund der vorangegangenen Ausführungen hier die Grundkonzeption des Gesetzgebers und der teleologische Zusammenhang der Gesamtregelung eine Rechtsnorm erwarten lassen.

Eine Analogie verlangt zunächst im Wege des Vergleichs die Feststellung, daß der nicht geregelte Tatbestand mit zumindest einem im Gesetz geregelten Tatbestand Gemeinsamkeiten aufweist. Weiterhin ist ein Werturteil notwendig, das die verbleibenden Unterschiede im Verhältnis zu den Gemeinsamkeiten als unbedeutend erscheinen läßt¹⁾.

Die hier zur Diskussion stehenden beiden Tatbestände stimmen darin überein, daß eine Leistung von einem als Bürge Haftenden erbracht wird. Ein Unterschied besteht insofern, als sich die Bürgenhaftung bei der Bürgschaft bereits aus dem Sicherungsvertrag ergibt, während sie beim Kreditauftrag vom Gesetz als Rechtsfolge angeordnet ist.

Bei der nunmehr vorzunehmenden Wertung ist von dem rechtspolitischen Zweck des § 774 BGB auszugehen²⁾ und die geregelte Interessenlage zu berücksichtigen³⁾. Die in § 774 BGB vorgesehene cessio legis ist eine Zweckmäßigkeitsregelung zugunsten des Bürgen. Denn mit der Befriedigung durch den Bürgen geht dem Gläubiger die Forderung verloren. Der Bürge kann aber ein erhebliches Interesse daran haben, als Versuch eines Ausgleichs für seine Leistung diese Forderung zum Zwecke des Regresses zu erlangen.

Die cessio legis des § 774 BGB schützt somit den leistenden Bürgen in seiner Rechtsverfolgung gegenüber dem Dritten. Dieser Schutz kann unbedenklich auf jeden ausgedehnt werden, der kraft Gesetzes als Bürge zu einer Leistung verpflichtet ist. Deshalb ergibt

1) Larenz, Methodenlehre, a.a.O. S. 288 f.

2) Larenz, a.a.O.; so auch Bartholomeyczik, a.a.O. S. 83 f. u. Engisch, a.a.O. S. 145.

3) BGHZ (GrS.) 5, 62(67).

sich als analoger Obersatz¹⁾, daß auf jeden als Bürge Haftenden, soweit er den Gläubiger befriedigt, dessen Forderung gegen den Hauptschuldner übergeht. Somit ist § 774 BGB auch auf den Kreditauftrag analog anzuwenden²⁾.

Daß diese Analogie in den teleologischen Zusammenhang der hier berührten Gesamtregelung paßt, folgt aus den oben dargelegten Erwägungen, die die Feststellung einer Gesetzeslücke zur Folge hatten³⁾. Sie ist um so mehr gerechtfertigt, als es sich bei der Subrogation um ein allgemeines Rechtsprinzip handelt⁴⁾. Für ein argumentum e contrario ist daher kein Raum.

Auch der in § 775 BGB geregelte Befreiungsanspruch des Bürgen betrifft nicht dessen Haftung ge-

1) Auf seine Bedeutung als methodisches Hilfsmittel der Rechtsfindung weist insbesondere Bartholomeyczik, a.a.O. S. 83 f., hin.

2) Dies befürworten: Tennenbaum, a.a.O. S. 90 ff.; Crome, a.a.O. § 299 S. 893 Fußn. 25; und offenbar RGRKomm. z. BGB, a.a.O. Anm. 7 zu § 778.

Die überwiegende Meinung dagegen erklärt § 774 und auch § 775 BGB ohne Hinweis auf eine Analogie für anwendbar; vgl. statt vieler: Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 10 zu § 778.

Gegen jede Anwendung der §§ 774 f. BGB sind: Siller, a.a.O. S. 35 ff.; Rinck, a.a.O. S. 49 (nur bzgl. § 775); Cosack, a.a.O. § 159 I S. 654; Düringer-Hachenburg-werner, a.a.O. Anm. 39 zu § 349.

Eine ausdrückliche Regelung hält das Schweiz. Oblig.-Recht in Art. 411 für erforderlich (vgl. oben S. 7).

3) Nach Larenz, Methodenlehre, a.a.O. S. 291, sind diese Erwägungen von denen, die eine Analogie rechtfertigen, nicht zu trennen.

4) Vgl. §§ 268 II 1, 426 II 1, 1143 I, 1225, 1249, 1607 II 2, 1709 II 1 BGB, §§ 67 I 1, 158 f. VVG. 1542 RVO.

genüber dem Gläubiger. Im Unterschied zur cessio legis des § 774 BGB bezieht er sich darüber hinaus so-
gleich und ausschließlich auf das Verhältnis zwi-
schen Bürgen und Hauptschuldner. Grundsätzliche Vor-
aussetzung für ihn ist, daß eine Verpflichtung als
Bürge gegeben ist. Ob sich diese aus einem Vertrag
ergibt, oder bloße Gesetzesfolge ist, ist auch für
die in § 775 BGB geregelte Interessenlage ohne Be-
deutung. Deshalb ist auch hier der Weg zu einer ana-
logen Anwendung dieser Vorschrift auf den Kreditauf-
trag frei¹⁾.

1) Vgl. auch hierzu die Literaturnachweise in
Fußn. 2 der vorhergehenden Seite.

4. Teil

Die Bedeutung des Kreditauftrags

I. Bedeutung in der Judikatur

1. Abgrenzung des Kreditauftrags von der Bürgschaft

Bei Durchsicht der juristischen Literatur zum Kreditauftrag fällt auf, daß auf verhältnismäßig breitem Raum erörtert wird, unter welchen Voraussetzungen ein bestimmter Sachverhalt rechtlich als Kreditauftrag zu werten ist. Die meisten höchstrichterlichen Entscheidungen befassen sich mit dieser Frage. Dabei bereitet die Abgrenzung des Kreditauftrags von der Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit besondere Schwierigkeiten. In letzter Zeit hatte nun der Bundesgerichtshof mehrfach Gelegenheit, in Weiterentwicklung der Rechtsprechung des Reichsgerichts Anhaltspunkte aufzuzeigen, die für die Abgrenzung beider Rechtsinstitute voneinander von Bedeutung sind. An Hand dieser einschlägigen Rechtsprechung seien im folgenden die einzelnen Abgrenzungskriterien behandelt.

Anfänglich stellte das Reichsgericht darauf ab, ob nach dem Willen der Parteien dem Kreditvermittler bis zur Kreditgewährung ein Widerrufsrecht vorbehalten sein sollte¹⁾. Denn der Bürge ist von Anfang an gebunden.

Dieses Kriterium ist unbrauchbar, sobald die Annahme des Kreditauftrags schlüssig durch die Kreditgewährung erfolgt. Dann nämlich ist für einen Widerruf kein Raum mehr. Aber auch in den übrigen Fällen

1) RGZ 50, 160(162); 51, 120(122).
Ebenso: OLG Marienwerder, OLG-Rspr. 8, 84; Oertmann, a.a.O. Anm. 2 a zu § 778; Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 1 zu § 778.

tritt die Absicht des Kreditvermittlers, sich bis zur Kreditgewährung nicht fest zu binden, selten in Erscheinung. Ist doch nach den vorausgegangenen Darlegungen¹⁾ die Widerruflichkeit keine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Kreditauftrags.

Die Frage nach einem beabsichtigten Widerrufsrecht des Kreditvermittlers ist infolgedessen für die Abgrenzung von Kreditauftrag und Bürgschaft nur dann von Nutzen, wenn sie sich ausnahmsweise positiv beantworten läßt.

Als wichtiger für die Abgrenzung wurde schon bald die Feststellung erachtet, ob sich der Kreditgeber gegenüber dem Kreditvermittler zur Kreditierung verpflichtet hat²⁾. Im Anschluß an dieses Kriterium ist sogleich auf die Diligenzpflicht des Kreditgebers hinzuweisen. Beide Verpflichtungen treffen den Gläubiger bei der Bürgschaft nicht.

Wann aber im konkreten Falle eine Bindung des Kreditgebers vorliegt, ist deshalb schwer festzustellen, weil sie sehr häufig nicht durch ausdrückliche Erklärung eingegangen wird. Folglich sind die Situationen aufzuspüren, in denen sich der Kreditgeber zu einer sorgfältigen Kreditgewährung verpflichtet. Zuverlässige Wege gibt es hierfür nicht, doch können die Interessenlage und die Machtverhältnisse bei den Vertragsparteien sowie die Initiative zu dem Vertragsschluß als Indizien dienen.

Die Beachtung der Interessenlage als juristisches Hilfsmittel wurde auch dem Kreditauftrag zuteil³⁾.

1) Vgl. oben S. 74 f.

2) Zuerst wohl Labes, Bürgschaft oder Kreditauftrag? DJZ 1903, 173; heute h.M., vgl. BGH WM 1956, 1211 (1212) mit weiteren Nachweisen.

3) Vgl. hierzu schon oben S. 27 Fußn. 2.

Man ging zutreffend davon aus, daß der Kreditvermittler gewöhnlich ein Interesse an der Kreditgewährung an den Dritten hat. Dieses Interesse wurde im einzelnen oben¹⁾ erläutert. An dieser Stelle sei es lediglich an den Beispielsfällen aufgezeigt, die als Kreditauftrag angesehen wurden:

In dem Fall des Zeitungsdrucks (S. 2 f.) kommt das Interesse der eingreifenden Stützungs-gesellschaft in der Dringlichkeit der Bitte zum Ausdruck und beruht darauf, daß der Zweck der Gesellschaft damals gerade darin bestand, notleidende lizenzierte Zeitungsunternehmen zu unterstützen.

Der Spenglermeister Vogel (vgl. den Fall S. 53) weist ebenfalls auf die Dringlichkeit seines Anliegens hin, zeigt seine Haftungs-bereitschaft und will sich auf die Kreditgewährung verlassen können. Hier ist das Interesse Vogels an der Kreditgewährung deutlich erkennbar. Wenn die Gewerbebank unter diesen Umständen wunschgemäße Ausführung zusagt, dann übernimmt sie im Zweifel auch eine Verpflichtung.

Unzulässig ist aber ein Umkehrschluß des Inhalts, daß ein Kreditauftrag schon deshalb vorliege, weil ein Interesse des "Kreditvermittlers" an der Kreditgewährung vorhanden sei. Warnendes Beispiel ist folgender Fall²⁾:

Zwei Brüder hatten sich zusammengetan, um den Farbstoff Temperin herzustellen und zu vertreiben. Als die Lieferfirma des hierzu benötigten Kasein mit dem einen Bruder Geschäftsbeziehungen anknüpfte, erklärte ihr der andere, sie brauche wegen der Bezahlung keine Angst zu haben, dafür sei er da.

Das Reichsgericht hielt dessen Haftung aus Kreditauftrag deshalb für gerechtfertigt, weil er an den Lieferungen des Kasein ein eigenes Interesse hatte. Aus der Feststellung dieses Interesses allein ist aber nicht zu folgern, daß sich die Firma zu den Lieferungen verpflichtete. Das Reichsgericht versuchte diese Folgerung noch nicht einmal zu ziehen. Es brachte vielmehr zum Ausdruck, daß hier eigentlich eine (formnichtige!) Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit gegeben sei. Infolge des eigenen Interesses könne die Erklärung aber als Kreditauftrag aufgefaßt werden, wenn nicht sogar als Mitbestellung.

1) S. 32 - 35.

2) Vgl. RG JW 1910 S. 809 Nr. 24.

Bedauerliche Folge dieser zumindest oberflächlich begründeten Entscheidung ist, daß man sich später auf sie berief, wenn man das eigene Interesse des Kreditvermittlers als ausschlaggebend für das Vorliegen eines Kreditauftrags hielt¹⁾.

Hiervon rückte die neuere Rechtsprechung²⁾ ab, indem sie ausdrücklich feststellte, daß das Interesse des Auffordernden nicht genüge, um eine Verpflichtung des Aufgeforderten anzunehmen. Auch der Bürgerschaft liege meistens irgendein Interesse des Bürgen daran zugrunde, daß der Gläubiger dem Hauptschuldner kreditiere. Folglich sei festzustellen:

Das Merkmal des eigenen Interesses ist nicht ausreichend, um Kreditauftrag und Bürgschaft voneinander abzugrenzen. Es erweist sich nur als ein Indiz für das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Kreditauftrags.

Auch aus den Machtverhältnissen³⁾ unter den Beteiligten läßt sich ein Hinweis darauf gewinnen, ob eine rechtliche Bindung des Kreditgebers vorliegt. Trotzdem hat dieses Abgrenzungsmerkmal in Literatur und Rechtsprechung kaum Beachtung gefunden⁴⁾. Welche Feststellungen setzt es voraus und welche Folgerungen gestattet es?

Von den beiden Vertragsparteien, dem Kreditvermittler und dem Kreditgeber, wird normalerweise jeder versuchen, eine möglichst günstige rechtliche Position zu erlangen. Sie besteht für den Kreditvermittler in einem Kreditauftrag, für den Kreditgeber

1) RG HRR 1935 Nr. 1011; OLG Hamburg Recht 1911 Nr. 2557.

2) BGH WM 1956, 1211(1212); WM 1959, 1458(1459).

3) Vgl. hierzu schon oben S. 36 Fußn. 4

4) Am ehesten noch bei Müller, a.a.O. S. 104.

in einer Bürgschaft. Im Regelfalle setzt nun der stärkere von beiden das für ihn Vorteilhafteste durch. Deshalb können eine Bindung des Kreditgebers und das Vorliegen eines Kreditauftrags dann vermutet werden, wenn eine Beurteilung der Machtverhältnisse zugunsten des Kreditvermittlers ausfällt. Welche Umstände sind dabei zu berücksichtigen?

In erster Linie verdienen die wirtschaftlichen Positionen Beachtung. In Zeiten, in denen die Nachfrage nach Kredit dessen Angebot übersteigt, ist dem Kreditgeber eine gewisse Macht vorgegeben. Soll sie nicht ausschlaggebend sein, so müssen besondere Umstände vorliegen, die sie ausgleichen oder überwiegen. Zu denken ist an ein außerrechtliches Überordnungsverhältnis, wie z.B. das einer Großbank gegenüber einem kleinen Kreditinstitut. Oder der Kreditvermittler ist ein wichtiger Kunde, den der Kreditgeber nicht verlieren darf. Der Kreditvermittler kann sich aber auch eine starke Position dadurch verschaffen, daß er sich - für einen Bürgen kaum vorstellbar - zur Zahlung einer Provision erbietet. Wenn sich der Kreditgeber dann zu einer Kreditgewährung bereitfindet, so übernimmt er im Zweifel als Gegenleistung die Pflichten, die der Kreditauftrag enthält.

Mehr als einen Anhaltspunkt stellt aber auch die Abwägung der Machtverhältnisse nicht dar. Denn warum sollte sich nicht ein noch so mächtiger Kreditgeber aus reinem Entgegenkommen zur Kreditgewährung verpflichten wollen?

Zusammenfassend kann aber gesagt werden, daß das Vorliegen eines Kreditauftrags um so wahrscheinlicher ist, je größer der Einfluß des Kreditvermittlers auf den Kreditgeber ist und je weniger sich dieser ihm entziehen kann. Das gilt insbesondere dann, wenn der Auffordernde ganz offensichtlich kreditwürdig ist.

Als weiteres Abgrenzungsmerkmal ergibt sich die Initiative zum Vertragsschluß, wenn man auf den Zweck beider Vertragsarten zurückgeht¹⁾. Der Kreditauftrag dient mehr der Kreditvermittlung als der Kreditsicherung, mit der Bürgschaft dagegen wird fast ausschließlich die Sicherung des Gläubigers bezweckt. Wenn nun ein Kreditgeschäft auf die Initiative eines anderen zurückzuführen ist, so läßt sich schon von der Wortbedeutung her sagen, daß wahrscheinlich eine Kreditvermittlung vorliegt. Dann spricht der erste Anschein für einen Kreditauftrag und gegen eine Bürgschaft.

Initiative in diesem Zusammenhang besagt, daß der Kreditvermittler den entscheidenden Anstoß zu der Kreditgewährung gegeben haben muß.

Einen Anstoß gibt nur, wer das Zustandekommen des Kreditgeschäfts durch aktives Betreiben veranlaßt. Er muß es geradezu hervorrufen²⁾. Seine Tätigkeit darf sich somit nicht auf eine bloße Zustimmung zu dem von dem Kreditgeber und dem Dritten geplanten Geschäft beschränken. Wer z.B. lediglich auf Anfrage versichert, daß die Lieferung an einen bestimmten Dritten ohne Gefahr erfolge, erteilt noch keinen Kreditauftrag.

Diese Erkenntnis läßt sich an Hand eines Wandels in der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Hamburg aufzeigen. Zunächst hatte es einen Kreditauftrag in folgenden beiden Fällen für gegeben erachtet:

Ein Baugeldgeber erklärte gegenüber einem Baulieferanten, dieser möge die Steine nur liefern, er, der Geldgeber, werde für die Bezahlung aus den abzuschließenden Hypotheken Sorge tragen (3). -

1) Vgl. oben S. 22 ff.

2) Crome, a.a.O. § 299 S. 891; Siller, a.a.O. S. 17; Tennenbaum, a.a.O. S. 52.

3) Recht 1910 Nr. 3340.

Ein Bauunternehmer erklärte gegenüber einer Firma, die einem für den Bau arbeitenden Handwerker Baumaterial liefern wollte, die Sache sei in Ordnung, sie könne ruhig liefern (1).

Wenig später hat jedoch das Gericht in zwei ähnlich gelagerten Fällen das Vorliegen eines Kreditauftrags richtigerweise verneint:

Eine Ehefrau erklärte einem Kaufmann, er solle ihrem Mann nur liefern, sie komme für die Bezahlung auf (2). -

Ein Grundstücksmakler, der für einen Neubau auch die Hypothekenabschlüsse vermittelte, erklärte einem Bauhandwerker, dieser möge ruhig weiterarbeiten, er, der Makler, werde ihm in 14 Tagen sicher Geld zugehen lassen (3).

Das Gericht vermißt im Falle der Eheleute zu Recht ein Ersuchen der Ehefrau an den Kaufmann um Lieferung sowie dessen rechtliche Verpflichtung.

Der Anstoß des Kreditvermittlers muß der für das Zustandekommen des Kreditgeschäfts entscheidende sein. Der erste braucht er nicht zu sein.

Wenn also beispielsweise ein Kfz-Händler zur Finanzierung eines Autokaufs sich mit dem Darlehensantrag seines Kunden an ein Kreditinstitut wendet, so bestehen entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs (4) gegen die Annahme eines Kreditauftrags nicht schon deshalb Bedenken, weil das Kreditinstitut dem Händler zuvor entsprechende Vordrucke und Richtlinien zugeleitet hatte.

Entscheidend ist der Anstoß regelmäßig nur dann, wenn sich der Kreditgeber mehr durch ihn als durch das Schadloshaltungsversprechen zu der Kreditgewährung bestimmen läßt. Das Ersuchen muß also den eigentlichen Verpflichtungsgrund bilden⁵⁾.

1) Recht 1911 Nr. 317.

2) Recht 1911 Nr. 2557.

3) Recht 1913 Nr. 1587.

4) BGH WM 1960, 879(880).

5) RG WarnR 1912 Nr. 106; Planck, a.a.O. Anm. 2 a zu § 778; Warneyer, a.a.O. Anm. I zu § 778.

Als Ergebnis dieser Darlegungen bleibt festzuhalten, daß für die Abgrenzung des Kreditauftrags von der Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit die aufgezeigten Abgrenzungsmerkmale nur eine Hilfe bedeuten. Wichtigste Voraussetzung für die Annahme eines Kreditauftrags ist die Feststellung einer Verpflichtung des Kreditgebers gegenüber dem Kreditvermittler zur Kreditgewährung. Anhaltspunkte für eine solche Verpflichtung bestehen dann, wenn der Kreditvermittler an der Kreditgewährung erkennbar ein eigenes Interesse hat, wenn er auf den Kreditgeber Einfluß auszuüben imstande ist, oder wenn er den entscheidenden Anstoß zu der Kreditgewährung gegeben hat. Je ausgeprägter und je zahlreicher diese Anhaltspunkte vorhanden sind, um so mehr ist das Vorliegen eines Kreditauftrags zu vermuten.

2. Umdeutung einer formnichtigen Bürgschaft in einen Kreditauftrag?

Eine Bürgschaft kann wegen Formmangels nichtig sein¹⁾. Hat der Dritte den Kredit trotzdem erhalten und ist er zahlungsunfähig geworden, dann ist der Gläubiger daran interessiert, den "Bürgen" anderweitig haftbar zu machen. Kommt eine Umdeutung gemäß § 140 BGB in einen formfreien Kreditauftrag in Betracht, falls es sich um eine Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit handelt?

In der Literatur wird eine solche Umdeutung überwiegend für unzulässig gehalten²⁾. Wo sie anerkannt

-
- 1) Über die möglichen Gründe der Formnichtigkeit von Bürgschaften vgl. Zeiss, a.a.O. S. 906.
 - 2) v. Tuhr, *Allgem. Teil des BGB*, 2. Bd. 1. Hälfte, § 56 Fußn. 75 auf S. 291; Förster, a.a.O. S. 116; Müller, a.a.O. S. 138; Zeiss, a.a.O. S. 910; Schütz, *Die Umdeutung einer formnichtigen Bürgschaft in einen Kreditauftrag*, WM 1963, 1051 ff.

wird, geschieht dies ohne nähere Begründung¹⁾.

In der Rechtsprechung wird jene Frage erst gar nicht gestellt. Dort nämlich versucht man allein im Wege der Auslegung, formnichtige Bürgschaften als andere Sicherungsverträge bestehen zu lassen²⁾. Diese Methode begegnet Bedenken. Denn ein Sachverhalt, der durch Auslegung als Bürgschaft gewertet worden ist, kann nicht gleichzeitig etwa noch ein Kreditauftrag sein.

Die Umdeutung nach § 140 BGB ist durch zwei Voraussetzungen gekennzeichnet: Das nichtige Rechtsgeschäft muß den Erfordernissen des angestrebten entsprechen. Außerdem müßten die Parteien dessen Gültigkeit bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt haben.

Die Tatbestandsmerkmale des Kreditauftrags sind jedoch nur zum Teil in dem Tatbestand der Bürgschaft enthalten. Der Kreditauftrag ist keine gemilderte Form der Bürgschaft. Er zeichnet sich durch die Verpflichtung des Kreditgebers zur Kreditgewährung und dessen Diligenzpflicht aus. Außerdem besteht die Möglichkeit einer weitergehenden Haftung des Kreditvermittlers, wenn das Kreditgeschäft nicht rechtsgültig abgeschlossen wird. In dem für die Umdeutung maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses³⁾ würden die Parteien solche sie zusätzlich belastenden Rechtsfolgen auch nicht gewollt haben.

Eine Umdeutung wäre selbst dann ausgeschlossen, wenn man sich - unzulässigerweise - über die rechtlichen Unterschiede mit der Erwägung hinwegsetzen

1) Crome, a.a.O. 1. Bd., § 81 Fußn. 17 auf S. 358; Staudinger-Coing, a.a.O. Rdnr. 7 zu § 140; Staudinger-Brändl, a.a.O. Rdnr. 3 zu § 778.

2) Vgl. die in der Einleitung (S. 1 f.) herangezogene Entscheidung des BGH, sowie RG JW 1910 S. 809 Nr. 24 als Beispiele.

3) Herschel, Der für die Umdeutung von Rechtsgeschäften maßgebliche Zeitpunkt, DRiZ 1952, 41.

würde, daß es den Parteien doch nur auf den wirtschaftlichen Erfolg angekommen sei, und daß dieser als gleichartig bezeichnet werden könne. Einem solchen Vorgehen gebietet der in § 766 BGB statuierte Schutz des Bürgen Einhalt. Das Schutzbedürfnis wird nämlich konkludent bejaht, wenn der Vertrag bei der vorherigen Auslegung als Bürgschaft eingestuft wurde. Eine dennoch vorgenommene Umdeutung würde diese Schutzvorschrift umgehen¹⁾.

Ergebnis dieser Erörterungen ist also, daß die Umdeutung einer formnichtigen Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit in einen Kreditauftrag als unzulässig anzusehen ist. Sie scheitert an der Verschiedenartigkeit beider Rechtsinstitute sowie an dem rechtspolitischen Zweck der Formvorschrift bei der Bürgschaft.

II. Bedeutung des Kreditauftrags in der Wirtschaft

1. Die geringe derzeitige Bedeutung

Die bisherigen Darlegungen haben gezeigt, daß für die rechtliche Handhabung des Kreditauftrags des § 778 BGB von Anfang an Schwierigkeiten bestanden. Sie sind zum großen Teil bis heute nicht beseitigt. Das liegt nicht zuletzt daran, daß für die juristische Praxis geringe Notwendigkeit bestand, sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Die Vorgänge im täglichen Leben, die rechtlich einen Kreditauftrag darstellen, waren niemals so häufig, daß sie mit Nachdruck die Beseitigung der Unklarheiten hätten vorantreiben können²⁾.

1) Zeiss, a.a.O. S. 910; Rietschel, Anm. zu BGH LM Nr. 2 zu § 766 BGB a.E.

2) Gleiches hat Müller, a.a.O. S. 99, für die Schweiz ausgesprochen.

Die Rückwirkung dieser Entwicklung ist eine allgemeine Abneigung, sich in den Ausnahmefällen, in denen ein Kreditauftrag denkbar ist, bewußt den Unsicherheiten bei diesem Rechtsinstitut auszusetzen. Diese Unbeliebtheit kommt in einer sehr geringen Verbreitung des Kreditauftrags zum Ausdruck. Sie wiederum hat zur Folge, daß das Rechtsinstitut des Kreditauftrags weitgehend in Vergessenheit geraten ist.

Der Blick auf die Praxis der Kreditinstitute bestätigt die soeben geschilderte Situation. Die einschlägige Literatur, die zu der geübten Praxis in einer Wechselwirkung steht, gibt folgende Einstellung wieder: Zumeist wird der Kreditauftrag nur als eine Form der Bürgschaft gesehen¹⁾. Im Verhältnis zu dieser wird ihm eine völlig untergeordnete Bedeutung beigemessen²⁾. Nur wenige Autoren halten ihn einer relativ ausführlichen Betrachtung für würdig³⁾. Einige warnen geradezu vor seiner Anwendung⁴⁾. Manche Standardwerke erwähnen ihn überhaupt nicht⁵⁾. Somit ist auch für die Praxis der Kreditinstitute, wo eine Verbreitung des Kreditauftrags noch am ehesten zu erwarten wäre, die geringe Bedeutung dieses Rechtsinstituts festzustellen.

- 1) Herold-Lippisch, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 1962, S. 52 f.; Koch, Banken und Bankgeschäfte, 1931, S. 219 f.
- 2) Kaeflerlein-Simon, Der Bankkredit und seine Sicherungen, 7. Aufl. 1953, S. 14; Koch, a.a.O. S. 220.
- 3) Trost-Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, 16. Ausg. 1962, S. 420 f. u. 430 f.; Barchewitz, Das Bankrecht, 2. Aufl. 1957, S. 128 ff.
- 4) Kaeflerlein-Simon, a.a.O. S. 76; Barchewitz, a.a.O. S. 130.
- 5) Hofmann, Handbuch des gesamten Kreditwesens, 6. Aufl. 1960; Falter, Die Praxis des Kreditgeschäfts, 5. Aufl. 1962; Sewering, Der Kreditverkehr, 2. Aufl. 1955; Schaarschmidt, Die Sparkassensenkredite, 4. Aufl. 1960; ebenso die Mustersatzungen für Sparkassen.

Unter diesen Umständen verwundert es, daß man die Aufnahme des Kreditauftrags in das Bürgerliche Gesetzbuch damit begründete, daß er eine große Rolle spiele und deshalb einer gesetzlichen Regelung bedürfe¹⁾. Für einen Bedeutungsrückgang sind kaum Anhaltspunkte vorhanden. Festzustellen ist allenfalls, daß die Voraussetzungen für die Anwendung des Kreditauftrags ungünstiger geworden sind. Darauf sei im folgenden Abschnitt näher eingegangen.

2. Gründe für die geringe Bedeutung

Die Bedeutung des Kreditauftrags ist weitgehend davon abhängig, welcher Wert ihm in der Wirtschaftspraxis als Kreditsicherungsmittel beigemessen wird. Dabei sei davon ausgegangen, daß er der Sicherung von Personalkrediten dient²⁾.

Die Personalkredite haben infolge der zahlreichen wirtschaftlichen Erschütterungen seit dem ersten Weltkrieg viel an Boden zugunsten der Realkredite verloren. Insbesondere in Bankkreisen besteht heute zugegebenermaßen eine Scheu vor den Personalkrediten³⁾. Grundstückssicherheiten genießen einfach deshalb den Vorzug, weil sich der voraussichtliche Liquidationserlös leichter abschätzen läßt als etwa die künftige

- 1) Motive Bd. II S. 683; ebenso Rothenberg, a.a.O. S. 323.
- 2) Da wie bei der Bürgschaft oder dem Wechsel mehrere Personen für dieselbe Schuld haften, ist auch die Bezeichnung "qualifizierter Personalkredit" üblich (Sewering, a.a.O. S. 10). Zur terminologischen Einteilung der Kreditarten im allgemeinen vgl. Spiethoff, Der Sparkassenkredit heute, 1951, S. 39 f.
- 3) Ungerer, Der Personalkredit, 1959, S. 135 ff.; Fischer, Kreditgarantiegemeinschaften, Diss. München 1959, S. 42.

Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person oder eines Unternehmens. Eine solche Einstellung aber hat zur Folge, daß neuer Kredit immer nur dorthin fließt, wo bereits Vermögen vorhanden ist. Sie ist deshalb aus volkswirtschaftlicher Sicht bedenklich¹⁾.

Verständlich ist das Streben nach dinglichen Sicherheiten bei langfristigen Krediten²⁾. Annähernd gleichwertig sind hier nur die von öffentlicher Hand übernommenen Garantien.

Eine Bevorzugung der dinglichen Sicherheiten besteht indessen bei den mittelfristigen Krediten³⁾. Hierbei handelt es sich hauptsächlich um Investitionskredite, an denen insbesondere der Mittelstand interessiert ist. Gerade nach dem letzten Weltkrieg waren Land- und Hausbesitz eine geeignete Grundlage für den Neuaufbau eines Unternehmens. Das Vertrauen allein in die Fähigkeiten und die Tüchtigkeit eines Unternehmers war den Kreditinstituten allzu riskant. Da aber nicht jeder die üblicherweise notwendigen dinglichen Sicherheiten nachweisen kann, hat die öffentliche Hand inzwischen in der Förderung der Mittelstandskredite ein neues Aufgabenfeld erkannt⁴⁾, was eine Vermehrung der mittelfristigen Personalkredite zur Folge hat.

Vorherrschend ist der Personalkredit auf dem Gebiet des kurzfristigen Kredits gewesen, der als Überbrückungskredit gekennzeichnet sei. Doch hat auch

1) Mellerowicz-Jonas, Bestimmungsfaktoren der Kreditfähigkeit, 2. Aufl. 1957, S. 12; Fischer, a.a.O. S. 42 ff.

2) Über die Einteilung der Kredite nach ihrer Dauer vgl. Sewering, a.a.O. S. 12 f.

3) Spiethoff, a.a.O. S. 18.

4) Fischer, a.a.O.; vgl. auch unten S. 107.

hier schon vor Jahrzehnten eine Wandlung durch das Vordringen der Sicherungsübereignung eingesetzt¹⁾, die nicht zu den Personalkrediten im engeren Sinne zählt. Obwohl gegen sie als wirksames Mittel der Kreditsicherung rechtliche und wirtschaftliche Bedenken wegen ihrer unsicheren Wertbeständigkeit und wegen ihrer Konkurrenz mit anderen Sicherungsarten bestehen, ist sie in neuerer Zeit selbst bei den öffentlichen Kreditinstituten als satzungsmäßige Sicherheit anerkannt²⁾. Auch sie ist deshalb geeignet, den Anwendungsbereich der eigentlichen Personalsicherheiten, zu denen die Bürgschaft und damit auch der Kreditauftrag gehören, einzuengen.

Die aufgezeigte Entwicklung hat also zum Ergebnis, daß sich die Voraussetzungen für die Vergabe von Personalkrediten verschlechtert haben. Davon ist auch der Kreditauftrag betroffen.

Innerhalb der Personalkredite wiederum ist die Bedeutung des Kreditauftrags eng mit der der Bürgschaft verbunden, da beide Rechtsinstitute annähernd gleiche Rechtsfolgen haben. Die Bedeutung der Bürgschaft hat durch die Rechtsprechung eine Einbuße erlitten³⁾. Der Bundesgerichtshof vertritt nämlich die Auffassung, daß sich ein Bürge darauf berufen könne, daß die Leistungspflicht des Hauptschuldners im Vertragshilfeverfahren herabgesetzt oder gestundet worden sei⁴⁾. Trotzdem hat sich die Bürgschaft neben

1) Esch-Oberbillig, Sparkassenrecht im Lande Rheinland-Pfalz, Ord.n.Nr. 1002 S. 5; Möhle, Sparkassenkleindarlehen und Kaufkredite, Sparkassenhefte Nr. 23, 1961, S. 21 f.; Schaarschmidt, a.a.O. Rdnr. 505 S. 169.

2) Herold-Lippisch, a.a.O. S. 56; Herold, Das Kreditgeschäft der Banken, 14. Aufl. 1959, S. 299 f.

3) Schmitz-Morkramer, Entwertete Bürgschaft, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 1952, 469 f.

4) BGHZ 6, 385 ff.; über die zahlreichen kritischen Rezensionen zu dieser Entscheidung s. die Nachweise bei Staudinger-Brändl, Vorbem. vor § 765 Rdnr. 49.

dem Wechsel als das wichtigste Mittel zur Sicherung von Personalkrediten behauptet¹⁾.

Im Verhältnis zur Bürgschaft hat der Kreditauftrag bisher nur eine untergeordnete Rolle spielen können. Wie schon bei der Abgrenzung beider Rechtsinstitute voneinander hervorgehoben wurde²⁾, begünstigt es den Abschluß eines Kreditauftrags, wenn das Angebot an Kredit die Nachfrage nach diesem übersteigt. Eine solche Situation ist jedoch seit Bestehen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur selten gegeben gewesen. Solange aber der Kreditgeber bei der Anlegung seiner Vermögenswerte wählerisch sein kann, wird er sich die für ihn günstigere Sicherungsform der Bürgschaft ausbedingen.

Vornehmlich Kreditinstitute ziehen die Bürgschaft dem Kreditauftrag vor, sofern ihnen letzterer überhaupt bekannt ist. Einer der sie bestimmenden Gründe ist, daß mit ihr infolge einer relativ gesicherten Rechtsprechung klare Rechtsverhältnisse geschaffen werden. Beim Kreditauftrag dagegen sehen sie sich beispielsweise völlig neuen Problemen gegenüber, wenn sowohl der Kreditvermittler als auch der Kreditnehmer zu ihren Kunden zählen. Denn diesem sind sie zur Verschwiegenheit, jenem zur Aufklärung über die Verhältnisse des anderen verpflichtet³⁾. Zu dieser Einstellung gegenüber dem Kreditauftrag werden sie nicht zuletzt durch jene Handbücher der Praxis bestärkt, die von der Verwendung des Kreditauftrags abraten oder keine Auskunft über ihn geben.

1) Herold-Lippisch, a.a.O. S. 53; Herold, a.a.O. S. 205; Sewering, a.a.O. S. 17; Schaarschmidt, a.a.O. Rdnr. 1310 S. 533.

2) Vgl. oben S. 93 f.

3) Vgl. Trost-Schütz, a.a.O. S. 420.

Ein Gebiet, auf dem der Kreditauftrag nachweislich praktische Bedeutung erlangt hat, dann aber der Bürgschaft weichen mußte, ist die Stundung der Bahnfrachten durch die Deutsche Verkehrs-Kredit-Bank AG.

Diese Bank wurde von der Reichsbahn 1923 nach österreichischem Vorbild zu genanntem Zwecke eingerichtet und besteht heute noch. Sie zahlt an die Bahnkasse laufend die von ihren Kunden geschuldeten Frachten und stundet diesen die bis zu der halbmonatlichen Verrechnung aufgelaufenen Beträge (1). Für Spediteure, Großhändler und andere Unternehmen, die regelmäßig Güter erhalten und Frachten zu zahlen haben, ist dieses vereinfachte Verfahren eine große Entlastung.

Die Deutsche Verkehrs-Kredit-Bank will und soll aber nicht das Risiko für die Stundungen übernehmen. Um eine hinreichende Sicherheit zu gewährleisten, mußte über lange Zeit der Frachtschuldner ein Geldinstitut veranlassen, die Deutsche Verkehrs-Kredit-Bank zu den Stundungen zu beauftragen. Das von der Deutschen Verkehrs-Kredit-Bank hierfür vorgeschriebene Formular trug die Überschrift "Kreditauftrag" (2). Das den Auftrag erteilende Geldinstitut war zumeist das, welches für den Frachtschuldner die gestundeten Beträge überwies und damit gleichzeitig die Abwicklung des Kreditgeschäfts überwachen konnte.

In diesem Verfahren bildete die Verwendung des Kreditauftrags zur Sicherstellung der Deutschen Verkehrs-Kredit-Bank aus folgenden Gründen nur einen Notbehelf. Das Urkundensteuergesetz vom 5.5.1936 (RGBl. I S. 407) und die vor diesem geltenden Landesstempelgesetze sahen eine Besteuerung aller Rechtsgeschäfte vor, die einen bestimmten Wert erreichten und über die eine Urkunde ausgestellt werden mußte, sofern sie nicht schon anderen Steuergesetzen unterlagen. Deshalb wurde der formlos gültige Kreditauftrag der Bürgschaft vorgezogen. Nachdem die Urkundensteuer durch § 5 der Verordnung über Änderung von Steuergesetzen vom 20.8.1941 (RGBl. I S. 510) beseitigt war, trat die Bürgschaft an die Stelle des Kreditauftrags³⁾.

1) Vgl. zu dem Verfahren im einzelnen: Herold, a.a.O. S. 183 ff., und Sewering, a.a.O. S. 121 f.

2) Abgedruckt bei Herold, a.a.O. S. 184.

3) Vgl. das Musterformular Nr. 235 bei Trost-Schütz, a.a.O. S. 329.

Die Sicherung der Frachtstundungen erfolgte nunmehr, wie sich die Deutsche Verkehrs-Kredit-Bank heute ausdrückt, "nach banküblichen Sicherungsgrundsätzen".

Der Kreditauftrag war also nur zufällig dazu dienlich, unbequeme Steuervorschriften zu umgehen. Diese Erkenntnis erinnert an die Entstehung des Kreditauftrags im römischen Recht. Auch dort war es weitgehend die Formstrenge der Bürgschaft, die der Verbreitung des Kreditauftrags zugute kam.

3. Anwendungsmöglichkeiten

Es gibt zahlreiche wirtschaftliche Vorgänge, in deren Ablauf sich ein Kreditauftrag sehr wohl vorstellen läßt, wo er aber praktisch keine Anwendung findet. Dies sei an folgenden Beispielen gezeigt:

Zur Finanzierung von Teilzahlungskäufen wurde der Kaufkredit geschaffen¹⁾. Der Käufer beantragt über den Verkäufer bei einem Kreditinstitut ein Darlehen zum Kauf der im Kaufkreditantrag genannten Gegenstände. Das Kreditinstitut sagt ihm den Kredit nur zu, wenn sich der Verkäufer auf dem Antrag als Gesamtschuldner verpflichtet hat. Der Verkäufer muß also

- ähnlich wie der Auftraggeber, beim Kreditauftrag - vor dem Verkauf entscheiden, ob die Kreditierung auf seine Gefahr erfolgen solle. Da zahlreiche Kreditinstitute gerade auf derartige Kreditgeschäfte ausgerichtet sind, ist es denkbar, daß sie sich auch zur Annahme eines Kreditauftrags bereitfinden, zumal sie in dem Sicherungseigentum an den Kaufgegenständen eine zusätzliche Deckung erhalten.

Ein anderes Gebiet möglicher Anwendung des Kreditauftrags ist die Kredithilfe oder Kreditleihe zwi-

1) Vgl. hierzu Möhle, a.a.O. S. 64 f.

schen Banken zugunsten gewerblicher Unternehmen¹⁾. Hierbei geht es insbesondere um die Finanzierung auswärtiger, entfernt gelegener Baustellen, was folgendermaßen geschehen kann: Eine Bank bittet auf Veranlassung ihres Kunden, einer Baufirma, eine mit ihr in Verbindung stehende Bank in der fernen Stadt der anderen Firma, dieser auf eigene Rechnung Kredit einzuräumen. Da Banken bei ihren Kreditgeschäften ohnehin besondere Sorgfalt anzuwenden pflegen, würde die Dilligenzpflicht kaum eine zusätzliche Belastung bedeuten. Sodann ist die ersuchende Bank gewöhnlich als zuverlässiger Bürge anzusehen. Dennoch arbeitet die Praxis in diesen Fällen eher mit Kreditbriefen, Akkreditiven oder Wechselbürgschaften als mit Kreditaufträgen.

Sodann seien noch die Mittelstandskredite erwähnt, soweit sie durch die in den letzten Jahren geschaffenen Kreditgarantiegemeinschaften vermittelt werden²⁾. Mit Unterstützung der öffentlichen Hand übernehmen die Kreditgarantiegemeinschaften Ausfallbürgschaften³⁾ gegen nicht-bankfähige Sicherheiten von Kreditsuchenden. Die Bereitschaft hierzu erklären sie jeweils in einer Urkunde, die an die kreditgebende Bank übergeben wird. Auch hier könnte sich die Bank zu der Kreditierung beauftragen lassen, zumal die öffentliche Hand als einflußreicher Interessent und Garant im Hintergrund steht.

Obwohl in diesem Falle der Kreditauftrag nicht zur Geltung kommt, so erscheint doch seine künftige Anwendung gerade dort möglich, wo die öffentliche Hand Kredite vermittelt⁴⁾.

- 1) Vgl. hierzu Fischer, a.a.O. S. 162, sowie Palyi u. Quittner, a.a.O. unter dem Stichwort "Kreditleihe".
- 2) Vgl. Fischer, a.a.O. und Reiner mann, Kreditgarantiegemeinschaften 1955, S. 41 ff.
- 3) Mit modifiziertem Haftungseintritt; vgl. Schaarschmidt, a.a.O. Rdnr. 1338 S. 547.
- 4) Theill bei Palyi u. Quittner, a.a.O. unter dem Stichwort "Kreditsicherung".

III. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Kreditauftrags?

1. Der Kreditauftrag im ausländischen Recht

Der römisch-rechtliche Kreditauftrag war zunächst nur in die Kodifikationen des deutschsprachigen Rechtskreises übernommen worden. Neben § 778 BGB ist vor allem auf die ausführlichen Bestimmungen im schweizerischen Obligationenrecht hinzuweisen¹⁾. Neuerdings kennt auch das italienische Recht den Kreditauftrag.

In der Schweiz hat der Kreditauftrag keine praktische Bedeutung erlangt²⁾. Diese bereits im Jahre 1925 vorherrschende Ansicht wird dadurch bestätigt, daß sich seither die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht mehr mit dem Kreditauftrag zu befassen brauchte. Die im deutschen Recht immer wieder erörterte Abgrenzung zur Bürgschaft erübrigt sich weitgehend dadurch, daß auch für den Kreditauftrag Schriftform notwendig ist.

Offenbar nur theoretischen Eingang hat der Kreditauftrag in das österreichische Recht gefunden. Das deutsche Handelsgesetzbuch, das in § 349 auf den Kreditauftrag des § 778 BGB Bezug nimmt, ist dort seit 1938 geltendes Recht. Zuvor war mit der Übernahme der Rechtsfigur des Garantievertrags aus dem deutschen Rechtskreis der Kreditauftrag als dessen Unterart angesehen worden³⁾. Das war deshalb möglich, weil eine gesetzliche Bestimmung, die einer

- 1) Sie sind zum Zwecke des Vergleichs bereits mehrfach herangezogen worden; vgl. oben S. 6 f., 20 Fußn. 8, 44 Fußn. 1, 88 Fußn. 2.
- 2) Müller, a.a.O. S. 99.
- 3) Schulze bei Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, 3.Bd., 1931, S. 594. Gleiches gilt nach diesem für die Tschechoslowakei.

derartigen Auffassung entgegengestanden hätte, fehlte. Die nachfolgende Entwicklung aber führte dann zu einer völligen Verwirrung der Lehre über den Kreditauftrag¹⁾. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Fragen, ob er sich als Ermächtigung, Auftrag, Bürgschaft oder Garantievertrag darstellt, und ob er der Schriftform bedarf. Daß sich die Rechtsprechung mit dem Kreditauftrag befaßt hätte, ist nicht ersichtlich.

In Italien hat man bei der Neuschaffung des Codice Civile im Jahre 1942 erstmals eine Regelung des Kreditauftrags in das Gesetz aufgenommen, wozu offenbar allein die Wiedererkenntnis des römisch-rechtlichen Kreditauftrags durch die Wissenschaft Anlaß gab²⁾. Im Anschluß an das Bürgschaftsrecht ist dem Kreditauftrag ein eigener Abschnitt eingeräumt³⁾. Seine

1) Hämmerle, Handelsrecht, 1959/1960, S. 1150.

2) Im Jahre 1939 erschienen (in Mailand) Bragantini's Untersuchungen mit dem Titel "Mandato di credito".

3) Art. 1958. Effetti del mandato di credito. -
Se una persona si obbliga verso un'altra, che le ha conferito l'incarico, a fare credito a un terzo, in nome e per conto proprio, quella che ha dato l'incarico risponde come fideiussore di un debito futuro.
Colui che ha accettato l'incarico non può rinunciare, ma chi l'ha conferito può revocarlo, salvo l'obbligo di risarcire il danno all'altra parte.

Art. 1959. Sopravvenuta insolvenza del mandante o del terzo. -

Se, dopo l'accettazione dell'incarico, le condizioni patrimoniali di colui che lo ha conferito o del terzo sono divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito, colui che ha accettato l'incarico non può essere costretto ad eseguirlo.

Si applica inoltre la disposizione dell'art. 1956.

(Art. 1956. Liberazione del fideiussore per obbligazione futura. -

Il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito.)

verhältnismäßig umfangreiche Regelung entspricht dem gemischten System. Deshalb setzt sich die italienische Rechtswissenschaft in gleicher Weise wie die deutschsprachige mit dem dogmatischen Problem auseinander, ob und in welchem Ausmaß Auftrags- und Bürgschaftsrecht auf den Kreditauftrag anwendbar sind. Sie tut dies in weitschweifender, theoretisierender Art, wozu sie sich anscheinend allein durch die Tatsache der Kodifikation des Kreditauftrags berechtigt fühlt¹⁾. Darüber hinaus hat das "mandato di credito" offensichtlich keine nennenswerte Bedeutung.

Im Recht des übrigen nahen Auslands fehlen Normen über den Kreditauftrag, ohne daß sich daraus Mißstände ergeben haben²⁾. Wie die Sachverhalte, die nach deutschem Recht den Tatbestand eines Kreditauftrags erfüllen würden, im jeweiligen ausländischen Recht behandelt werden, ist ihrer Seltenheit wegen kaum feststellbar. Eine Lösung im Sinne des § 778 BGB ist regelmäßig deshalb ausgeschlossen, weil der Auftrag an einen anderen, ein Rechtsgeschäft auf eigene Rechnung auszuführen, für systemwidrig erachtet wird³⁾. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis, der ein unserem Garantievertrag ähnliches Rechtsinstitut kennt⁴⁾, bietet sich dieses zur Beurteilung jener Sachverhalte an. Vertretbare Lösungen lassen sich aber auch mit der allgemein verbreiteten Bürgschaft erzielen, wie die nachfolgenden Erörterungen zeigen werden.

1) Miccio, Dei singoli contratti (Commentario del Codice Civile, Libro IV, Tomo quarto), Torino 1959, Anmerkung 1 zu Art. 1958 f.; Simonetto, Mandato di credito, in Novissimo Digesto Italiano, Band X, Torino 1964, S. 149-168.

2) Müller, a.a.O. S. 138.

3) Vgl. für das französische Recht: Dalloz, Répertoire de Droit Civil, Tome III, Paris 1953, "Mandat", Nr. 4.

4) Schulze bei Schlegelberger, a.a.O. S. 595.

2. Ausblick

Da dem Kreditauftrag heute geringe Bedeutung zukommt, ist für den Fall einer neuen Kodifikation unseres Schuldrechts die Frage zu stellen, ob es seiner gesetzlichen Regelung noch bedarf. Eine solche könnte dann entfallen, wenn es gelänge, für Sachverhalte, die einen Kreditauftrag darstellen, mit Hilfe anderer, allgemein anerkannter Rechtssätze die gleichen Rechtsfolgen herzuleiten, die sich aus dem heutigen § 778 BGB ergeben.

Bei der Suche nach derartigen Möglichkeiten ist die oben aufgezeigte Verwandtschaft des Kreditauftrags mit dem Auftrag, der Bürgschaft und dem Garantievertrag zu berücksichtigen und an diese Rechtsinstitute anzuknüpfen.

Als Unterschied zur Bürgschaft und zum Garantievertrag, sofern sich diese auf künftige Verbindlichkeiten beziehen, wurde die Verpflichtung des Kreditgebers zur Kreditierung sowie dessen Diligenzpflicht, weniger dagegen das Widerrufsrecht des Kreditvermittlers bis zur Kreditgewährung für bedeutsam erachtet.

Es ist nun in Rechtsprechung und Literatur seit langem anerkannt, daß die Bürgschaft auch Teil eines gegenseitigen Vertrags sein kann, bei dem der Gläubiger eine selbständige klagbare Gegenleistung übernimmt. In zahlreichen höchstrichterlichen Entscheidungen wurde als zulässige Gegenleistung angesehen, daß sich der Gläubiger verpflichtet, dem Hauptschuldner die alte Schuld zu stunden oder in anderer Weise Kredit zu gewähren¹⁾. Es sprengt den Rahmen eines solchen

1) RG BayZ 1909, 472; RG JW 1911, 540; RG BankA 1936/37, 556; OLG München OLG-Rspr. 34, 74; Staudinger-Brändl, a.a.O. Vorbem. vor § 765 Rdnr. 3; RGRKomm. z. BGB, a.a.O. Vorbem. 4 vor § 765; Planck, a.a.O. Vorbem. II 1 d vor § 765.

gegenseitigen Bürgschaftsvertrag nicht, wenn der Gläubiger zusätzliche Sorgfaltspflichten bei Abschluß und Durchführung des Kreditgeschäfts auf sich nimmt. Außerdem gelangt der Bürge unter den Voraussetzungen der §§ 325 f. BGB zu einem Rücktrittsrecht.

Ein solchermaßen gestalteter gegenseitiger Bürgschaftsvertrag macht den Kreditauftrag als eigenen Vertragstyp entbehrlich¹⁾. Diese Folgerung wird indirekt von der zitierten Rechtsprechung und Literatur dadurch bestätigt, daß der in diesem Zusammenhang naheliegende Kreditauftrag unerwähnt bleibt.

Der Konstruktion des gegenseitigen Bürgschaftsvertrags an Stelle des Kreditauftrags ist allerdings die eines entsprechend gestalteten Garantievertrags vorzuziehen. Denn da eine Haftung des Kreditvermittlers trotz Nichtentstehens der Kreditverbindlichkeit möglich ist²⁾, haftet er richtiger als Garant und nicht als Bürge³⁾.

Erwägenswert ist noch die Möglichkeit, den Kreditauftrag durch den Garantierauftrag zu ersetzen. Bei diesem gemischten Vertrag handelt es sich um einen Auftrag mit Garantieübernahme des Auftraggebers, d.h. der Garantieempfänger verpflichtet sich seinerseits zur Durchführung des Unternehmens, indem er sich den Vorschriften des Auftragsrechts unterwirft⁴⁾. Gerade dadurch wird der Garantierauftrag in seiner rechtlichen Struktur dem Kreditauftrag sehr ähnlich.

1) Ähnlich Müller, a.a.O. S. 87.

2) Vgl. oben S. 80.

3) Zur näheren Begründung vgl. oben S. 50 f.

4) Stammler, a.a.O. S. 120; Staudinger-Brändl, a.a.O. Vorbem. vor § 765 Rdnr. 54.

Gegenüber der Regelung des § 778 BGB genießt er sogar den Vorteil der Garantenhaftung. Es darf hierbei jedoch nicht übersehen werden, daß die oben¹⁾ vorgebrachten Bedenken gegen die Heranziehung des Auftragsrechts in vollem Umfange zu wiederholen sind.

Jedenfalls darf wohl abschließend festgestellt werden, daß die Weiterentwicklung des bürgerlichen Rechts nach dessen Kodifikation am Ende des vorigen Jahrhunderts Möglichkeiten eröffnet hat, die es gestatten, jenen Interessenlagen, auf denen ein Kreditauftrag beruht, in gleicher Weise wie die Vorschrift des § 778 BGB gerecht zu werden.

1) S. 29 - 43.

Schlußergebnis

Es hat sich somit ergeben, daß Zweifel an der Daseinsberechtigung des Kreditauftrags als eigenständigen Rechtsinstituts bestehen. Es sei kurz zusammengefaßt, worauf sie sich gründen.

Für die Schaffung des Kreditauftrags und seine Konstruktion als Mandat bestand im römischen Recht wegen des an strenge Formen gebundenen Aktionensystems ein Bedürfnis. Man mußte sich aber schon damals über die Bedenken hinwegsetzen, ob man einen anderen zur Besorgung eines Geschäfts auf eigene Rechnung beauftragen könne.

Je mehr sich nun in der weiteren Entwicklung die Formstrenge der fideiussio lockerte, desto mehr wurde der Kreditauftrag diesem Rechtsinstitut angeglichen. Zeitweise galt er als dessen Unterart.

Erst die gemeinrechtliche Wissenschaft widmete ihm, den sie *mandatum qualificatum* nannte, wieder mehr Aufmerksamkeit. In dem Streit, ob er Auftrag oder Bürgschaft sei, setzten sich die Vertreter eines gemischten Systems durch. Danach war der Kreditauftrag Auftrag; nur die Haftung des Auftraggebers bestimmte sich nach Bürgschaftsrecht.

§ 778 BGB knüpfte an das *mandatum qualificatum* an. Zu Recht hatte aber der Gesetzgeber die Auftragsnatur des Kreditauftrags erneut in Frage gestellt. Wie die Auslegung des § 778 BGB ergibt, verblieb es bei der Gestaltung als Auftrag. Das bedeutet eine bedenkliche Erweiterung des Auftragsbegriffs. Auch die in § 778 BGB getroffene Regelung der Haftung des Kreditvermittlers nach Bürgschaftsrecht entspricht der des gemischten Systems und läßt dessen Mängel fortbestehen.

Die rechtliche Handhabung des Kreditauftrags ist durch das Zusammentreffen von Auftrags- und Bürgschaftsrecht außerordentlich erschwert. Einerseits sind die Bestimmungen beider Vertragstypen jeweils nur zum Teil anwendbar, andererseits sind sie zur Regelung aller Fragen unzureichend. Der Kreditauftrag erweckt deshalb den Eindruck eines künstlichen, unfertigen Gebildes.

Seine praktische Bedeutung ist gering. Die Sachverhalte, die seinen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen genügen, sind so selten, daß er weithin unbekannt ist. Auch die Juristen besinnen sich seiner als einer Art Lückenbüßervorschrift zumeist erst dann, wenn es für eine Haftung aus Bürgschaft an der erforderlichen Schriftform fehlt.

Die Mehrzahl der ausländischen Rechte kommt ohne den Kreditauftrag aus. Aber auch nach deutschem Recht ist es möglich, die einen Kreditauftrag bedeutenden Lebensvorgänge als gegenseitige Bürgschafts- oder Garantieverträge zufriedenstellend zu lösen. Eines eigenen Rechtsinstituts in der Form des § 778 BGB bedarf es nicht.

Lebenslauf

Am 28. August 1937 wurde ich, Jörn Frese, als ältester Sohn des damaligen Studienassessors Horst Frese und seiner Ehefrau Asta, geb. Heintze, in Schwedt a.d. Oder geboren.

Von 1944 bis 1948 besuchte ich die Volksschulen in Schwedt und in Amberg Kr. Mindelheim in Schwaben. Im Herbst 1948 wurde ich in das altsprachliche Gymnasium in Mindelheim aufgenommen. Ab 1950 besuchte ich das altsprachliche Gymnasium in Speyer. Dort bestand ich am 1. März 1957 die Reifeprüfung.

Nach Ableistung des Wehrdienstes begann ich im Mai 1958 das Studium der Rechtswissenschaft. Ich studierte drei Semester an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Br., ein Semester an der Freien Universität Berlin; nach weiteren fünf Semestern an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz schloß ich dort das Studium am 19. Dezember 1962 mit der ersten juristischen Staatsprüfung ab.

Seit dem 14. Februar 1963 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz.

Der Tag der mündlichen Prüfung zur Promotion war der 25. Februar 1966.

